

LE REFUS D'ACTION POUR CAUSE D'INDIGNITÉ

Etude sur la maxime

Nemo auditur propriam turpitudinem allegans

THÈSE

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

Paul SAVEY-CASARD

Licencié ès Lettres

Diplômé d'Etudes Supérieures (Histoire)



LYON

Imprimerie BOSC Frères & RIOU

42, Quai Gailleton, 42

1930

LE REFUS D'ACTION
POUR CAUSE D'INDIGNITÉ

Etude sur la maxime

Nemo auditur propriam turpitudinem allegans



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

LE REFUS D'ACTION POUR CAUSE D'INDIGNITÉ

Etude sur la maxime

Nemo auditur propriam turpitudinem allegans

THÈSE

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

Paul SAVEY-CASARD

Licencié ès Lettres

Diplômé d'Etudes Supérieures (Histoire)



LYON

Imprimerie BOSC Frères & RIOU

42, Quai Gailleton, 42

1930



UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

Professeurs honoraires :

- MM. APPLETON (Charles), ✱, ☼.
GARRAUD, ✱, ☼ I.;
APPLETON (Jean), O. ✱, ☼ I.

Professeurs

- MM. JOSSERAND, ✱, ☼ I., Doyen, Professeur de *Droit civil*, quai Gailleton, 29.
PIC (Paul), ✱ O., ☼ I., Professeur de *Droit international public*, place Ollier, 2.
LAMBERT, ✱, ☼ I., Professeur de *Droit comparé*, rue Sully, 24.
BOUVIER, ✱, ☼ I., Professeur de *Droit administratif*, avenue de Saxe, 186.
LAMEIRE, ☼ I., Professeur de *Droit constitutionnel*, 44, chemin de Vassieux, Caluire (Rhône).
LÉVY, ✱, ☼ I., Professeur de *Droit civil*, rue Pierre-Corneille, 61.
GONNARD, ☼, ☼ I., Professeur d'*Economie politique*, rue Vaubecour, 34 bis.
ANTONELLI, ✱, ☼, ☼ I., Professeur d'*Histoire des doctrines économiques*, avenue de Noailles, 17.
PERROUD, ☼, ☼ I., Professeur de *Procédure civile*, quai des Brotteaux, 2 (V. 9-50).
COHENDY (Georges), ☼ I., Professeur de *Droit commercial général*, quai Saint-Vincent, 46 (B. 37-36).
GARRAUD (Pierre), ☼, ☼ I., Professeur de *Droit criminel*, cours de la Liberté, 29. Assesseur du Doyen.
ROUBIER, ☼ I., Professeur de *Droit civil*, rue Pierre-Corneille, 107.

Agrégés

- MM. PHILIP, chargé de cours d'*Economie politique*.
LAMBERT (Jacques), *Histoire du Droit*.
PERROUX (François), *Science des Finances*.
FALLETTI, *Droit romain*.
DE LAPLANCHE, *Droit romain*.

Chargé de cours

- M. CONDOMINE, ☼ A., *Droit civil* (Capacité, 1^{re} année).

Secrétariat

- M. DUBROCA, ☼ A., secrétaire.

MEMBRES DU JURY

- M. ROUBIER, Professeur à la Faculté de Droit, *président*.
MM. P. GARRAUD, Professeur à la Faculté de Droit (*assesseurs*.
CONDOMINE, chargé de cours à la Faculté de Droit)

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Avant-propos

C'est un sujet bien vaste que nous avons entrepris de traiter. Au début, nous nous proposons seulement d'étudier la Jurisprudence relative à la maxime *Nemo auditur*, mais nous avons vite reconnu combien ce point de vue aurait été étroit, et nous avons été conduit à étendre à l'ensemble du Droit privé actuel nos recherches sur l'adage. Ainsi s'explique le nombre des questions qui ont été abordées.

Du moins, avons-nous résolument laissé de côté certains points qui ne se rattachaient pas essentiellement à notre sujet. On ne trouvera pas ici d'exposé de Droit comparé : la règle *Nemo auditur* se présente dans notre Droit sous un aspect particulier, parce que son application est étroitement liée à l'interprétation d'un texte, l'article 1131.

Nous n'avons pas non plus prétendu retracer l'histoire de cette maxime ; nous nous sommes borné à signaler ce qui paraissait indispensable à l'étude de la règle, telle qu'elle est en usage actuellement.

Bien des thèses ont été écrites, touchant de plus ou moins près à l'adage *Nemo auditur*. Peut-être,

cependant, une étude nouvelle sur cette matière ne sera-t-elle pas inutile, à la suite des travaux d'ensemble qui ont paru, en ces dernières années, sur le droit des obligations, sur les rapports de la Morale et du Droit et sur l'importance des mobiles dans la vie juridique. Le sujet que nous nous proposons de traiter se présente sous un jour nouveau, qui pouvait passer inaperçu, il y a quelque temps.

Notre tâche a d'ailleurs été facilitée par l'accueil que nous avons toujours trouvé auprès de M. le Professeur ROUBIER. Depuis près de trois ans que nous avons commencé ce travail, il a bien voulu diriger nos efforts et les encourager avec une particulière bienveillance : qu'il nous permette de lui exprimer ici notre profonde et très respectueuse gratitude.

| Bibliographie critique |

- § 1. Les sources de l'étude de la règle *Nemo auditur* en droit romain se trouvent au DIGESTE XII, 5, de *condictione ob turpem vel injustam causam* et au CODE IV, 7, de *condictione ob turpem causam*.

Cette étude a été faite récemment par :

M. J. MACQUERON « *L'histoire de la cause illicite ou immorale dans les obligations en droit romain* », Thèse, Paris, 1924.

Il n'existe pas, à notre connaissance, d'étude sur la maxime dans notre Ancien Droit. Les sources principales auxquelles on pourra se référer sont les suivantes :

AZON († 1220 ou 1230), sur la loi *Transactio finita* (Code II, 4) et sur la loi *Rem quidem* (Code VII, 16).

BARTOLE († 1357), sur la loi *Procurator* (Dig. XII, 2).

BALDE († 1400), sur la loi *Jusjurandum* (Dig. XII, 2) et sur la loi *Alias autem* (Dig. h. t.).

ALCIAT († 1550), sur la loi *Transactio finita* (Code II, 4).

POTHIER († 1772), *Traité des obligations*, n^{os} 43 et s.

- § 2. Pour le droit actuel, rappelons d'abord les ouvrages généraux suivants, où l'on trouvera des renseignements, dont il est superflu de signaler la valeur :

R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1923 (t. 2, p. 797 et s.).

E. H. PERREAU, *Technique de la Jurisprudence en droit privé*, Paris, Lib. Sciences politiques et sociales, 1923 (t. 1, p. 174 et s.).

G. RIEPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Lib. Générale de Droit et de Jurisp. 1925 (p. 175 et s.).

H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1927 (p. 235 et s.).

§ 3. L'étude plus spéciale de la maxime se trouve dans de nombreuses notes de jurisprudence. Citons notamment :

- DUBOIS : note au S. 74. 1. 241.
LABBÉ : — S. 81. 1. 289.
PONCET : — D. 87. 1. 465.
MEYNIAL : — S. 90. 2. 97.
APPERT : — S. 96. 1. 289.
CHARMONT : — Pand. Franç. 98. 2. 1.
PIC : — D. 98. 2. 521.
RAYNAL : — D. 1904. 2. 449.
M. P. : — D. 1911. 1. 382.
NAQUET : — S. 1913. 1. 297.
SAVATIER : — D. 1922. 2. 34.

§ 4. L'adage a, d'autre part, fait l'objet des thèses suivantes :

P. GUIRAUDET : *Essai sur la maxime Nemo auditur*, Dijon, 1913.

G. TZARANO : *Etude sur la règle Nemo auditur*, Paris, 1926.
auxquelles il faut joindre celles-ci, qui portent sur des sujets voisins :

- A. WAGNER : *La nullité de la cause illicite*, Paris, 1900.
J. RAYNAL : *Etude sur les conventions immorales*, Paris, 1900.
L. ARBUS : *De la cause illicite*, Montpellier, 1903.
J. OLIVIER : *De la sanction des obligations illicites*, Paris, 1904.
G. SIOUFI : *Essai sur le critérium et la nullité des obligations immorales et illicites*, Paris, 1925.

§ 5. Enfin, d'autres travaux, quoique ayant un objet différent, ont apporté à l'étude de la règle une contribution de premier ordre.

Ainsi, les rapports de la maxime avec la théorie des nullités ont été étudiés par :

- R. JAPIOT : *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse, Dijon, 1909 (p. 298, 600, 620 et s.).

- M. PIÉDELÈVRE : *Des effets produits par les actes nuls*,
Thèse, Paris, 1911 (p. 262 et s.) ;
ses rapports avec le devoir moral des parties, par :
R. SAVATIER : *Des effets et de la sanction du devoir moral*,
Thèse, Poitiers, 1916 (p. 428 et s.) ;
son application en matière de sociétés illicites, par :
P. PIC : *Des sociétés commerciales* (Traité théorique et pra-
tique de droit commercial. Coll. Thaller), Paris, Rous-
seau, 2^e éd. 1925 (tome I, p. 575).
J. HÉMARD : *Théorie et pratique des nullités de sociétés et
des sociétés de fait*, Paris, Lib. Recueil Sirey, 2^e éd.
1926 (p. 82 et s.).
H. SOLUS : Note au S. 1928-1-12.
-

Introduction

1. *Vue générale des difficultés que soulève le problème du règlement des actes illicites. Le point de vue moral.* — 2. *Le point de vue juridique.* — 3. *Valeur juridique de la formule de la règle « Nemo auditur ».* — 4. *Influence de la Tradition et des théories doctrinales sur l'interprétation de l'adage.* — 5. *Méthode à adopter.*

1. Il est, dans le domaine du droit privé, peu de questions aussi discutées que celle de la maxime « *Nemo auditur turpitudinem allegans* ». Auteurs et tribunaux portent sur elle, à l'envi, les jugements les plus contradictoires. Pour les uns, « principe supérieur » (1), règle « éternellement vraie » (2), inspirée de « haute moralité » (3), elle n'est pour les autres qu'une « formule d'école » (4), un « anachronisme » (5), d'une moralité « très discutable » (6).

(1) Digne, 23 juillet 1925, *Gaz. Trib.*, 1927. 2. 309. — Cf. aussi : Toulouse, 15 décembre 1884 : *Gaz. Pal.*, 1885, 1, sup. 117. — AUBRY et RAU : *Cours de droit civil français*, Paris, 4^e éd., 1871, n° 442 bis, p. 741, tome 4.

(2) T. PONCET : Note au D. 87, 1, 465.

(3) Trib. Toulouse : 15 décembre 1884, précité.

(4) M. RAYNAL : Note au D. 1904. 2. 449 et *Etude sur les conventions immorales*, Paris, 1900 (Thèse), p. 146.

(5) M. CHARMONT : Note au Pand. franç. 98, 2, 1.

(6) Trib. de com. Besançon : 30 août 1924 : *Gaz. Pal.*, 24. 2. 713. — Cf. aussi : Colmar, 20 juillet 1925, sous Cass. Req., 25 octobre 1927 : *Gaz. Pal.* (Journal quotidien), 1^{er} décembre 1927.

De la maxime, tout est en question, son existence, son utilité, son domaine, sa moralité, et voici près d'un siècle que dure cette polémique, sans qu'on puisse encore se flatter d'avoir trouvé une réponse décisive.

C'est que le problème qu'elle prétend résoudre est particulièrement complexe. Il s'agit de déterminer les conséquences d'un acte illicite. Doit-on les ignorer? ou procéder à leur règlement entre les parties, au mieux de l'équité? ou confisquer tout profit?

La solution de cette question intéresse, au premier chef, la morale. Si l'on envisage le contrat avant son exécution, il va de soi qu'il n'oblige pas à accomplir un acte interdit. Encore faudrait-il poser quelques distinctions, car, si l'interdiction est une défense purement légale, on peut n'être pas déchargé, en conscience, de l'obligation qu'on a assumée.

Mais si l'on envisage le contrat accompli et qu'on veuille régler l'état de fait consécutif, c'est une tout autre question. Parce que l'acte est immoral, a-t-il perdu toute valeur? Il a coûté des peines, de l'argent; il représente des périls courus, des sacrifices acceptés. Celui qui a reçu cette prestation doit-il en bénéficier sans contrepartie? et s'il a satisfait à son obligation, peut-il obtenir restitution? Il paraît immoral de l'admettre (7). — Mais alors ne tombe-t-on pas dans une autre difficulté? Doit-on accepter en conscience cette rémunération, qui n'est que le prix d'une faute? Et surtout est-il moral que l'Etat tolère et ordonne un

(7) Cf. POTHIER : *Traité des oblig.*, n° 45 — et aussi GROTIUS : *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Barbeyrac, Bâle, chez Tourneisen, 1768, livre II, XII, chap. 10 — et MOLINA : *De Justitia et jure*, Cologne, tract. 2, disp. 94.

tel encouragement à la fraude? (8). Il semble qu'il n'est guère possible de concilier ces exigences opposées.

Les moralistes suggèrent avec raison des distinctions. Il est des fautes légères qui laissent subsister l'obligation de fournir la contre-prestation promise. Il en est de tellement graves qu'on doit s'interdire de conserver ce que l'on a reçu pour les accomplir. Mais il est difficile de fixer la délimitation entre les unes et les autres. Nous verrons que les théologiens s'y sont efforcés. Pour quelques-uns d'entre eux, il n'y a plus que la simonie qui présente cet exceptionnel caractère de gravité (9). Pratiquement, tout le domaine du droit civil rentrerait donc dans la première catégorie. D'ailleurs, les moralistes gardent encore un moyen de résoudre la question, qui satisfait l'équité; c'est de changer le destinataire de l'obligation, de faire verser le prix de la faute aux pauvres ou à l'Etat (10).

2. En droit, le problème des conséquences de l'acte illicite revêt un aspect particulier. Le droit a d'abord des interdictions qui lui sont propres, à la sanction desquelles il est seul à pourvoir. Et surtout, la portée de la réglementation juridique est différente : la règle morale vaut par elle-même, en dépit de toutes les

(8) DONEAU : *Œuvres*, Florence, 1841 : sur la loi *Cum te*, au Code IV. titre 7.

(9) C'est peut-être l'avis de SAINT-THOMAS D'AQUIN *Somme théologique*, éd. Drioux, 3^e éd., Paris. 1869 : IIa, IIae, quest. 62, art. 5. En tout cas, c'est celui de PIRHING : *Jus canonicum in V libros Decretalium distributum* 1722 : livre V, titre 3, sect. 8.

(10) St Thomas, *ibidem*, admet que le prix versé pour l'acte simoniaque sera employé en bonnes œuvres.

infractions que l'on commet envers elle; la règle juridique est pratique et exige une réalisation concrète. Elle doit, par conséquent, s'astreindre à certaines nécessités. Loin de nous, l'idée qu'elle est seulement la résultante des mœurs et que son unique rôle est de s'y adapter. Elle doit les guider. Mais sa valeur dépend aussi de sa réalisation. On l'a dit bien souvent: *Quid leges sine moribus?*

Ainsi, il est nécessaire de connaître les infractions et, pour cela, l'aveu d'une des parties est l'auxiliaire le plus indiqué. Cet aveu ne peut être suscité que par l'intérêt. Confisquer, c'est priver tout contractant d'intérêt et risquer d'ignorer la plupart des transactions illicites. C'est une mauvaise tactique (11). D'autre part, équitablement, on ne peut admettre que dans des cas très graves cette sanction trop rigoureuse (12).

A défaut de la confiscation, le Droit dispose de la remise au « statu quo ante ». Il réintègre les contractants dans l'ordre par une suite de répétitions, d'actions: ce qu'ils ont versé pour l'acte illicite, ils le reprennent chacun. Sans doute, il ne faut point abuser de ces mesures, toujours boîteuses, nous le verrons; néanmoins, on ne peut méconnaître qu'il y ait, dans cette action juridique, un grand intérêt. Les actes illicites, s'ils ne peuvent être empêchés, sont effacés: on réalise la réglementation légale *malgré les contractants*. Ce moyen a pris, à juste titre, une grande extension.

(11) GUIRAUDET : *Essai sur la maxime...*, p. 130.

(12) M. HÉMAR : *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris, 1926, 2^e éd., p. 91, trouve trop rigoureuse la confiscation en matière de nullités de sociétés.

Il n'est pas cependant sans présenter, lui aussi, de graves défauts. Comme cette remise au « statu quo ante » est provoquée par la demande d'un des contractants, dont c'est l'intérêt d'agir ainsi, elle le favorise. Un habile joue de la sanction au gré de ses calculs (13). Il suffit d'ouvrir un recueil de jurisprudence pour être complètement édifié à cet égard. Si l'aveu rapporte, il n'est aucune défaillance qu'on ne soit prêt à avouer, et même à inventer. Celui-ci déclare qu'il a bien commis, non pas un acte simplement illicite, mais un délit, pour bénéficier de la prescription (14). Celui-là, au moment de payer et pour se dispenser de cette obligation, allègue qu'il tient une maison de plaisir (15). Celle-là « professe hautement avoir toujours vécu de la prostitution » : il s'agit de ne pas payer de loyer (16).

On dira qu'il n'y a qu'à faire rembourser le prix dû. Mais alors, on verra les Tribunaux se mettre en frais dans l'intérêt des coquins⁹ Par l'aide du juge, leurs transactions se régleront au mieux de l'équité, à la satisfaction des parties⁹

On aperçoit ici un nouveau caractère de la sanction juridique des obligations illicites. Il faut *qu'elle évite de favoriser le coupable* (17), qu'elle soit une peine au sens large. Sinon, elle ne réalise pas tout son office.

(13) BOZÉRIAN : *Jeux de Bourse*, Rev. pratique de droit français, 1859, p. 181, citant les paroles de l'avocat général Barbier.

(14) Toulouse, 29 août 1857, sous Cass. civile, 1^{er} août 1859. D. 59, 1, 290 et S., 59, 1, 817. — Cass. civile, 5 mai 1863 : D., 63, 1, 195.

(15) Alger, 20 juin 1906. *Recueil des sommaires Sirey*, 1908, 754. — Trib. de la Seine, 16 juin 1928 : D., 1928, 2, 187.

(16) Trib. de paix Alger (Nord), 20 décembre 1899 : *Gaz. Pal.*, 1900, 1, 279.

(17). BARBEYRAC. SUR PUFFENDORF : *Le droit de la nature et des gens*, 6^e éd., Bâle, Tourneisen, 1750, p. 468.

La remise au « statu quo ante » peut jouer ce rôle parfois, puisqu'elle aboutit à ne pas faire rendre tout ce qui est dû, mais elle a cette infériorité de dépendre de la volonté d'un des contractants, pour lequel la nullité est une faveur.

Il semble préférable souvent de recourir à un troisième parti: ignorer ces transactions, refuser toute action aux plaideurs. La peine joue ainsi selon les circonstances, non pas à la volonté d'un coupable et par le moyen du juge. Les parties demeurent à la discrétion l'une de l'autre (18). Si l'on ne conclut l'acte au comptant, on doit toujours redouter la mauvaise foi de son complice, qu'on ne pourra contraindre. Les opérations illicites sont donc rendues beaucoup plus hasardeuses et difficiles. La sanction n'est pas parfaite, cependant: *c'est le plus habile des coquins qui s'en tire le mieux* (19). Les prestations une fois données, l'acte illicite devient *inattaquable* (20).

Somme toute, des trois procédés que peut employer la loi, aucun n'est sans défaut. La morale veut qu'on règle équitablement les intérêts des coupables — l'intérêt public, que rien de ce qui est illicite ne subsiste — la sanction, que rien de ce qui est interdit ne soit profitable au coupable. Ces trois exigences sont contradictoires. On ne peut songer qu'à un système assez souple qui, selon l'infraction, les intérêts en jeu, recourrait à tel ou tel moyen.

(18) DUBOIS, note au S. 74, 1, 241. Cf. aussi : Caen, 29 juillet 1874. D. 75. 2. 128 et S. 75. 2. 298.

(19) M. GUIRAUDET : *Essai sur la maxime...*, p. 54. — P. PIC : *Traité théorique et pratique de droit commercial* (coll. Thaller) : *Des Sociétés commerciales*, t. 1, p. 578.

(20) E. MEYNIAL, note au S., 90. 2. 97.

3. La maxime « *Nemo auditur* » ne prétend pas résoudre en quatre mots ce problème. Il est visible qu'elle ne l'embrasse pas dans son entier: « *personne n'est écouté, quand il allègue sa propre turpitude* », cette formule rappelle le but répressif de la nullité et le procédé qui consiste à ignorer les agissements coupables. Il faut donc limiter l'application de cet adage par les exigences de l'intérêt public, de la morale. Il demande, pour passer dans le domaine de la réalisation pratique, un système de conciliation.

Il l'inspire même assez mal et sa formule est très défectueuse (21). Qu'est-ce qu'alléguer sa propre turpitude? S'en vanter, pour en tirer un profit auquel un acte licite ne donnerait pas droit? ou l'invoquer pour en tirer seulement les conséquences normales et justes de tout acte qui a par soi une valeur? Il y a là deux psychologies différentes. Dans un cas, on veut gagner à sa faute, et dans l'autre, n'y pas perdre. La maxime s'applique-t-elle indifféremment à l'une et à l'autre hypothèse? Déjà, des discussions peuvent naître sur ce point.

D'autre part, qu'est-ce que cette « turpitude » dont on parle? S'agit-il d'un acte immoral, qui soulève la réprobation de la justice et de l'honnête homme? N'est-ce que le « tort d'avoir contrevenu à une disposition légale »? (22). La première interprétation restreint le domaine de la maxime dans une proportion considérable, et rien, dans les termes de l'adage, n'oblige à choisir une explication plutôt que l'autre.

(21) J. RAYNAL : *ouv. cité*, p. 146.

(22) HUC : *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, Pichon, tome 11, p. 422.

Ce travail de systématisation aurait pu être inspiré par la loi. Elle n'en a rien fait, ou presque rien. C'est à la Jurisprudence qu'il est incombé de mener à bien cette tâche, compliquée en outre de la question de savoir si la loi n'avait pas changé quelque peu la donnée du problème. Si difficile que soit cette mise au point, la Jurisprudence si féconde du XIX^e siècle en a réussi bien d'autres. Comment se fait-il que l'élaboration de la maxime soit loin d'être aussi poussée, aussi incontestable et incontestée, puisqu'il y a peut-être mésentente entre les deux Chambres elles-mêmes de la Cour de Cassation?

4. C'est que les Tribunaux ont été considérablement gênés dans leur travail. Par la tradition, d'abord. La maxime a un très beau passé. Elle nous vient du droit romain, mais sous une autre forme, avec d'autres tendances et d'autres buts: *in pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis*. Le résultat pratique des deux adages est assez semblable: si l'on n'écoute pas le demandeur, c'est que le possesseur aura gain de cause. L'esprit est pourtant différent: dans la maxime romaine, on s'appuie sur la possession (23); dans l'autre, sur le cynisme de celui qui allègue sa faute. Ces deux adages ont fusionné dans l'Ancien Droit, et actuellement on les invoque indifféremment l'un pour l'autre (24). Mais quel est celui qui a dominé l'autre? Est-il né de leur fusion une tradition cohérente, que continuerait notre Jurispru-

(23) du moins, d'après l'interprétation des commentateurs.

(24) En ce sens, DUBOIS : Note au S. 74. I. 241. — *Contra*. R. SAVATIER : *Des effets et de la sanction...*, p. 435 et s. — Il n'existe guère d'arrêts établissant une distinction entre les deux adages. Cf. cependant le jugement du Trib. de Digne précité.

dence? On ne peut donner aucune réponse précise. La tradition fournit des décisions judiciaires assez contradictoires et des théories très dissemblables. Elle se présente sous un aspect confus, inachevé, incertain — et pourtant prestigieux: un guide qu'on ne peut mépriser, et qui n'est pas sûr de soi-même.

Mais, surtout, la cause du désarroi qui règne sur la règle *Nemo auditur*, c'est l'ambiance des théories et des doctrines. L'adage touche aux plus vastes questions du Droit, à celles qui se discutent avec le plus de passion: la théorie des nullités, celles de l'enrichissement sans cause, de l'abus du droit y sont impliquées. Elles ont trouvé quelquefois dans la maxime un argument: sa formule est si large! et, en la jetant dans la lutte, elles ont contribué à la déformer davantage. Souvent, elles ont abouti, au contraire, à une critique sévère de ses termes, quand ils semblaient interdire telle ou telle prétention. D'une façon ou d'une autre, les Tribunaux ont été beaucoup influencés par cette ambiance des théories, c'est un point incontestable (25).

Il en est résulté, autour de l'adage, une atmosphère de luttes ardentes. Il faut être « pour » ou « contre », semble-t-il, et, si l'on est « pour », y voir un large principe qui efface les autres. D'où les opinions contradictoires que nous signalions: la maxime, sans cesse

(25) Par exemple on peut saisir l'influence de la note précitée de Du Bois, sur Caen 29 juillet 1874, D. 75. 2. 128; de la note de M. Meynial au S. 90. 2. 97 sur Besançon, 6 mars 1895. D., 95. 2. 224 et S. 95. 2. 196; de l'étude précitée de M. Raynal sur Vervins, 21 juillet 1911, en note sous Amiens, 1^{er} avril 1912. *Gaz Pal.*, 1912. 2. 136.

condamnée (26), et reparaissant toujours, comme une énigme ironique.

S'il n'y avait eu qu'un désaccord ! mais le problème était mal posé et, de cette discussion, la lumière ne pouvait jaillir. On n'a pas étudié la maxime en elle-même, mais par rapport à d'autres théories, pour des résultats équitables que l'on recherche. On veut éviter d'encourager la fraude, et, pour cela, l'un (27) accepte et l'autre (28) récuse l'adage. On n'est pas même complètement d'accord pour savoir quel est celui « qui allègue sa turpitude ». Selon le résultat voulu, on prétend que c'est le demandeur ou le défendeur (29). La théorie de la maxime est ainsi faussée par des *a priori*.

Son étude, d'autre part, est loin d'être complète. Son sens n'est pas élucidé, son origine reste obscure (30). Quelques points seuls ont attiré les recherches, d'ailleurs de grande valeur : la légalité, le critérium d'application de la maxime.

5. Il semble donc que ce travail doive s'efforcer de répondre à une méthode **nouvelle**. La règle *Nemo auditur* apparaît déformée à la suite des discussions des théories et des tendances contradictoires de la

(26) Comme l'ont fait MARCADÉ : *Explication théorique et pratique du Code civil*, Paris, tome 4, p. 400 ; OLIVIER : « *De la sanction...* » p. 27 ; L. DUBREUIL : *Des mobiles dans les contrats*, Thèse Lyon, 1909, p. 71 ; et même M. MEYNIAL, note précitée.

(27) LAURENT : *Principes de droit civil*, Paris, Maresq et Bruxelles, Bruylant et Christophe, tome 26, p. 164 « La raison et la justice veulent que la faute ne soit une source de profit pour personne ».

(28) DELAMARRE et LE POITVIN : *Traité du contrat de commission*, Paris, Delamotte, 1840, t. 1, p. 111 « Faire droit (à la demande) serait donner une prime d'encouragement à la fraude ».

(29) LAURENT, *ouvr. cité*, tome 16, p. 220 ; R. SAVATIER, *ouvr. cité*, p. 376 et 443, et note au D. 1922. 2. 34. Voir aussi les décisions suivantes : Trib. com. de la Seine, 22 juin 1888 : *Gaz. Pal.*, 88, 2, 294. — Poitiers, 8 février 1922 : D. 1922. 2. 34.

(30) R. SAVATIER, *ouvr. cité*, p. 439.

Tradition: il faut commencer par l'étude critique de ses sources, pour en redresser les traits. Elle est connue surtout par rapport à l'article 1131, interprété de différentes façons: il faut, quittant l'esprit polémique dans lequel on s'est orienté, l'étudier en elle-même, exposer la théorie qu'on en peut donner actuellement.

Notre travail aura donc deux parties. La première, consacrée à l'ÉTUDE DES SOURCES, les présentera chacune dans leur ordre historique: *la Tradition, la Loi, la Jurisprudence*. — La deuxième partie exposera la THÉORIE DE L'ADAGE NEMO AUDITUR; on y déterminera le rôle actuel de cette maxime, le critérium qui en règle l'emploi, l'influence du devoir moral du défenseur sur son application, enfin l'aspect sous lequel elle se présente dans la vie pratique: c'est un état d'indignité.

PREMIÈRE PARTIE

**LES SOURCES DE LA MAXIME
NEMO AUDITUR**

CHAPITRE PREMIER

La Tradition

Section I. — La tradition du Droit Romain

§ 1. *L'ancien droit et la formation du droit classique.* — § 2. *Le droit classique.* — § 3. *Le droit du Bas-Empire.*

§ 1. — *L'Ancien Droit et la formation du Droit classique*

6. *La sanction de l'acte illicite dans le droit romain primitif.*
— 7. *Introduction de la répétition consécutive à la nullité.* —
8. *Le refus d'action en exécution opposé aux demandes immorales.* — 9. *La condictio des prestations versées en vertu d'un contrat immoral.* — 10. *Le refus de condictio prononcé en cas de « par causa turpitudinis » et la maxime « in pari causa ».*

6. C'est le droit romain classique qui nous a transmis l'adage *in pari causa turpitudinis* dont on fait le synonyme de l'adage *Nemo auditur*. Ce refus de répétition était pour lui un moyen de sanctionner les obligations illicites. Il semble être d'origine relativement récente.

Le droit primitif était tout formaliste (1). On était obligé, non pas en vertu du consentement, mais en vertu des rites que l'on avait accomplis pour contracter. Il n'est donc pas vraisemblable que l'on ait examiné le but de la volonté, pour lui dénier toute valeur, si elle était coupable. Le libéralisme de la Cité antique s'y serait opposé, au besoin. La forme garantissait, en quelque sorte, la liberté des *patres*. Du moment qu'elle était respectée, on aurait considéré que le magistrat violait la Justice, en méconnaissant une obligation, fût-elle illicite (2).

Ce n'est que peu à peu que des lois sont intervenues dans le domaine privé, en invitant le magistrat à examiner le but des parties contractantes, pour sévir, s'il était reconnu illicite. Mais à quelle sanction recourir? On sait que la nullité, la non-valeur de l'acte contraire aux lois, ne fut qu'exceptionnelle au début (3). Elle apparaît au VI^e siècle de Rome avec les lois « *Voconia* » et « *Furia de sponsu* ». En règle générale, le contrat valait en dépit de l'illicéité, mais, en certains cas, on punissait le coupable qui avait enfreint la défense. Ainsi la loi *Furia testamentaria*, de 550-585 de Rome, était sanctionnée de la *pœna quadrupli*. Pour d'autres lois, on se demande comment on devait pourvoir à leur sanction: loi *Cincia* (de 550), loi *Genucia* (de 412), loi *Plætoria* (de 563), lois somptuaires: *Oppia* (de 539), etc. Celui qui accomplissait l'acte illicite était frappé de la *multa* des édiles curules, dans le cas des

(1) M. MACQUERON : *L'histoire de la cause illicite...*, p. 11 et s.

(2) M. MACQUERON, *ouvr. cité*, p. 17 ; GIRARD : *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Paris, 1901, t. 1, p. 195.

(3) M. MACQUERON, *ibid.*, p. 20 et s.

lois somptuaires. Cette peine pouvait intervenir ailleurs, ainsi que la note censorienne (4). N'y avait-il pas également quelque sanction civile? On l'a pensé, et les uns soutiennent que, dès cette époque, l'on pouvait répéter ce qui avait été acquis contre la loi; les autres, que le magistrat pouvait refuser l'action, quand il apercevait que le plaideur agissait en vertu d'un contrat illicite (5).

Ces sanctions civiles, par leur intérêt pratique, ont pris une grande extension, et, à la fin de la République, on les voit s'organiser.

7. La nullité, accompagnée de la répétition, est employée à l'égard des donations entre époux. Ces donations furent prohibées, au début du VII^e siècle de Rome (6), et l'on envisagea pour elles une sanction énergique: toutes les opérations juridiques, accomplies dans le but de faire une donation entre époux, étaient nulles de plein droit (7); malgré la tradition, le donateur était resté propriétaire et c'est à ce titre qu'il pouvait revendiquer (8).

8. Le refus d'action commence aussi à être utilisé en face des demandes illicites. On voit le préteur, véritable gardien de la moralité publique, opposer son veto à une action en justice et écarter de suite le

(4) M. MACQUERON; *ibid.*, p. 75.

(5) Le premier système est celui de Pernice; cf. GIRARD : *L'histoire de la conditio d'après M. Pernice*. Nouv. Rev. Hist. de Droit 1895, p. 408 et s.; le deuxième est exposé par MACQUERON, *ouvr. cité.*, p. 43 et s.

(6) Leur prohibition peut être due à un développement coutumier. Cf. DUMONT : *Des donations entre époux en droit romain*. Thèse, Paris, 1928, p. 14.

(7) ULPÏEN, au Dig. XXIV, 1, frag. 3, 10 et 12 et au même titre frag. 5, 18; GAIUS, *ibid.*, frag. 6.

(8) C'est l'explication de Celse d'après ULPÏEN, frag. 3, 12 précité.

plaideur immoral (9). Mais le préteur se servit peu de ce pouvoir, soit qu'il y vît une mesure arbitraire, presque illégale, soit qu'il fût trop chargé de travail pour examiner lui-même l'affaire (10). Les nombreux textes qui parlent de *denegare actionem* doivent être pris au sens large (11); ils visent plutôt le résultat pratique de l'action et signifient que le demandeur perdra son procès. C'était plutôt au juge que la mission incombait de repousser le plaideur immoral.

On en a un exemple dans un texte de Valère-Maxime (12), rapportant une affaire qui dut se juger au cours du VII^e siècle de Rome. Un certain V. Varro avait promis à Otacilia une forte somme pour prix de ses complaisances, et, pour dissimuler la libéralité, avait feint un prêt, qu'il aurait contracté envers elle. Revenant ensuite sur son avis, il refusa de régler cette dette. Le fameux A. Gallus fut pris pour juge et parut fort embarrassé. Il aurait voulu pouvoir condamner et Varro et Otacilia. Il ne le put. Après s'être entouré de nombreux conseillers: *adhibitis in consilium principibus civitatis*, il débouta Otacilia, mais empêcha Varro d'exercer contre elle le recours pour *calumnia*. C'est donc bien le juge qui repoussa le plaideur dans cette affaire.

Dans un autre *responsum*, rapporté au Digeste (13), il semble qu'il en fut de même. Seia avait promis à

(9) PAPINIEN, au Dig. XXXV, 1, frag. 71, 1 ; CELSE, au Dig. XLV, 1 frag. 97, 2 ; POMPONIUS, h. t., frag. 27.

(10) H. LÉVY-BRUHL : *La denegatio actionis sous la Procédure formulaire* ; Trav. et Mém. de l'Université de Lille, 1924, p. 65.

(11) H. LÉVY-BRUHL, *ibid.*, p. 13.

(12) VALÈRE MAXIME : *Des faits et des paroles mémorables*, VIII, 2, 2.

(13) SCAEVOLA au Dig. XLIV, 7, frag. 61, 1.

Titius un *salarium annuum*, s'il abandonnait ses biens et se retirait près d'elle pour demeurer dans son affection. Il réclama le *salarium* : le magistrat compétent (14) ne lui donnera action que si le motif de l'engagement ne paraît pas immoral.

On a bien, dans ces refus d'action, un droit véritable qui échappe au plaideur, à cause de son immoralité. Un cas différent se présente encore plus fréquemment à propos de la *condictio* qui apparaît à la fin de la République et au début de l'Empire.

9. En ces époques de troubles (15), on a cherché à introduire l'obligation de restituer l'enrichissement sans cause ou injuste. Observant la coïncidence de ces devoirs d'équité avec des hypothèses de *datio*, on en prit prétexte pour ériger ces hypothèses en véritables sources d'obligations (16). La *datio* obligeait à rendre, notamment quand elle avait un but illicite (17). En même temps, cette précision sur le fondement de l'action donnait à la *condictio* le caractère de « *certitudo* » nécessaire dans la procédure formulaire (18).

Jusqu'à l'époque impériale, cette *condictio ex injusta causa* se développa peu (19). On a bien un témoignage d'Ulpien qui paraîtrait lui reconnaître un très large domaine (20). Mais il est acquis que ce texte

(14) Le juge, d'après M. KRUZGER : *Hist. des sources*, p. 150 (cité par M. Lévy Bruhl, ouvr. cit. p. 64) ; le prêteur, d'après M. MACQUERON, p. 83, ouvr. cit.

(15) M. MACQUERON, ouvr. cit., p. 107.

(16) F. DE VISSCHER : *La condictio et le système de la Procédure formulaire*, Gand, Buyens, et Paris, Rousseau, 1923 (Public. de la Faculté de Droit de Gand), p. 150 et s. ; E. VERNAY : *Servius et son école*, Thèse, Lyon, 1909, p. 294.

(17) PAUL, au Dig. XII, 5, frag. 1.

(18) F. DE VISSCHER, ouvr. cit., p. 90.

(19) M. MACQUERON, *ibid.*, p. 105.

(20) Au Dig. XII, 5, frag. 6.

ne peut être interprété avec rigueur (21) : il n'envisageait sans doute qu'une application restreinte.

Sous l'Empire, au contraire, la *condictio* se développait plus rapidement. On l'emploie pour la répétition des objets acquis injustement. La situation est identique, remarque un texte (22) : le *promittens turpis* est engagé sous deux rapports dans l'acte illicite, par sa *stipulatio* et par sa *datio*. C'est donc, au fond, un *dans turpis*, et on peut lui en appliquer la condition.

10. Dès ce moment, on s'est demandé s'il fallait laisser la faveur de cette *condictio* aux coupables. Et on a le témoignage qu'au contraire on a repoussé le plaideur immoral qui désirait répéter sa prestation. Labéon lui refusait la *condictio*. En cas de turpitude commune, il laissait les choses en l'état (23). Ce même jurisconsulte semble avoir appliqué ce principe en d'autres hypothèses : il refusait l'action de dol à celui qui avait lui-même agi avec dol (24). Son principe était partout le même : il ne convient pas d'aider la mauvaise foi. Ce n'est pas une faveur faite à la possession, c'est une *règle d'équité*.

Ce principe se maintint après Labéon, et l'on voit Proculus en user pour repousser le mari, assassin de sa femme, qui réclame sa dot (25). C'est encore par mesure d'équité qu'il l'écarte.

(21) Cf. les remarques de M. JOBBÉ-DUVAL : *Etude sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, Paris, 1896, tome 1, p. 105 ; de M. VERMAY, *ouvr. cit.*, p. 294 (note) ; de M. HUVÉLIN : *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, tome 2, p. 199.

(22) PAUL, au Dig. XII, 5, frag. 8.

(23) D'après ULPÉEN, au Dig., h. t., frag. 4, 3.

(24) D'après ULPÉEN, au Dig. XLIV, 4, frag. 4, 13 : (Labéon) ait iniquum esse communem malitiam petitori quidem praemio esse.

(25) D'après POMPONIUS, au Dig. XXIV, 3 frag. 10. Il s'en sert aussi dans l'hypothèse *ne furtum proderetur* : d'ap. JULIEN, Dig. XII, 5 frag. 5. L'adage est aussi connu de Sabinus, d'ap. ULPÉEN, h. t. frag. 4.

Dans la suite, Celse et Julien joignent, selon une tradition plus ancienne peut-être (26), les cas de contrats entachés de violence aux contrats vraiment illicites (27). Ils admettent alors la répétition au profit de la personne dont le consentement a été vicié. Ces jurisconsultes font rentrer, tant bien que mal, cette hypothèse dans les *dationes* illicites, en y voyant par opposition à l'*utriusque turpitude*, la *turpitude accipientis solius*.

Avec les classiques Paul et Ulpien, on aperçoit que, de plus en plus, la théorie se complète et se déforme. Ulpien imagine un troisième cas de turpitude: par symétrie avec la turpitude de l'*accipiens* seul, il crée la turpitude du *dans* seul (cas de la mérétrice) (28). Le caractère théorique que prend la construction apparaît surtout au fondement sur lequel Paul et Ulpien font reposer leur système: ils le rattachent à un principe général que Paul formulait en matière d'action publicienne: dans une semblable cause, c'est le possesseur qui a la préférence (29). La base du refus d'action n'est pas l'équité, du moins, il le semble; c'est la *préférence donnée au possesseur*. Et Ulpien étend cette solution au cas de dol mutuel (30).

Tandis qu'auparavant un même motif expliquait et le refus d'action et le refus de répétition, l'indignité étant la même dans les deux cas, Ulpien explique différemment le refus d'action, par exemple au voleur

(26) Cf. M. MACQUERON, *ouvr. cit.* p. 107.

(27) D'après ULPEN, au Dig. XII, 5, frag. 2 et 4.

(28) au Dig. XII, 5 frag. 4.

(29) PAUL, au Dig. L. 17, frag. 128.

(30) au Dig. L. 17, frag. 154.

volé, refus qui relève de l'équité (31), et le refus de répétition qui n'est qu'un avantage fait à la possession (32).

§ 2. — *Le Droit classique*

11. Distinction de l'acte illicite et de l'acte immoral en droit romain. — 12. Les différents cas de turpitude. — 13. Analyse morale de la notion de turpitude. — 14. Les différentes catégories d'exceptions que les Romains ont apportées à l'adage.

11. La théorie de la *condictio ob turpem causam* resta formée, telle qu'Ulpien et Paul l'avaient construite. Elle est trop connue pour qu'on insiste (33). Ce qu'il est plus important de préciser, c'est l'effort d'analyse morale dont elle témoigne.

Elle a essayé de définir la turpitude. Ulpien a eu la claire vision que, parmi les infractions, les unes et les autres n'étaient pas de même nature, n'étaient pas infamantes au même degré (34). Il distingue les choses honteuses de leur nature et celles qui ne le sont que *quasi more civitatis*. L'adultère, le stuprum, sont *probra natura* ; une condamnation en matière de tutelle n'est honteuse que *quasi more civitatis*. Cette distinction se rapproche de celle des actes immoraux et illicites. Les Romains ont-ils admis une différence entre ces deux catégories ? Leur refus de *condictio* ne s'applique-t-il qu'aux actes immoraux ?

(31) au Dig. XLVII, 2, frag. 12, 1 : ...nemo de improbitate sua consequitur actionem.

(32) Ces juristes se laissent cependant guider parfois par l'esprit de la Tradition. Voir ULPIEN, au Dig. XLIV, 4, frag. 4, 13 et infra, note 56.

(33) Cf. P. F. GIRARD « Manuel élémentaire de droit romain » Paris, 6^e éd. 1918, p. 633 ; CUQ « Manuel des institutions juridiques des Romains », Paris, 1917, p. 545.

(34) au Dig. L., 16, frag. 42.

On sait que le Digeste réunit dans un même titre la *condictio ob turpem causam* et la *condictio ob injustam causam*, tandis que le Code les distingue. Mais la *condictio injusta causa* du Code correspond à la *condictio sine causa* du Digeste (35), et l'on ne peut rien tirer de cet argument. Ce fait que Paul applique la règle *in pari causa* à la corruption du juge, peut-il faire croire que les Romains assimilent le contrat illicite au contrat immoral (36) ? Nullement, croyons-nous, car la corruption du juge est un acte immoral, plutôt qu'illicite. — L'argument qu'on tire du mot « *vel* » dans le titre du Digeste : *de condictione ob turpem vel injustam causam* serait plus probant (37).

Mais on ne peut s'empêcher de remarquer que les cas d'indignité signalés dans le Digeste visent uniquement des cas de contrats immoraux, et qu'il serait étonnant qu'il y eût là une simple coïncidence due aux rédacteurs de la compilation. Le mot de « turpitude » et le genre de sanction qu'on prend contre elle conviennent d'ailleurs peu aux actes illicites (38).

12. Quoi qu'il en soit, l'examen des hypothèses de

(35) M. MACQUERON, ouvr. cité, p. 117.

(36) Comme le pense M. MACQUERON, *ibid.*, p. 118.

(37) M. MACQUERON, *ibid.*, p. 117.

(38) En ce sens, M. CAPITANT : *De la cause...*, p. 235. — M. GIRARD : *Manuel...*, p. 633, admet aussi l'existence de deux condictiones distinctes pour les actes illicites et pour les actes immoraux. Cette opinion conduit à réserver l'application de l'adage à la deuxième catégorie. Le frag. cité note 34 montre que les Romains ont eu le sens des caractères particuliers de la nullité pour cause illicite. Malgré tout, le sens et la portée du mot *turpis* sont discutés. Pour M. de KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, il désigne ce qui est contraire à l'honneur : *Conventiones contra bonos mores* dans *Mélanges. dédiés à G. Cornil*, Paris et Gand, 1926 t. 2, p. 31 et s. M. CHARVET donne à cette expression un sens beaucoup plus large : elle s'appliquerait aux actes contraires aux principes généraux du Droit, contraires à l'*honestum* : *La Morale et le Droit positif chez les Romains*. Rev. cath. Inst. et du Droit, 1928, p. 565.

turpitude prouve, chez les jurisconsultes romains, une analyse déjà très déliée. Les actes contraires aux bonnes mœurs : le *stuprum* (39), l'adultère (40) — au culte des dieux : le sacrilège (41) — au respect de la vie et de la propriété d'autrui : le vol et l'homicide (42), la chicane (43) — au bien de l'Etat : la corruption de fonctionnaires (44), le désistement des poursuites judiciaires (45), — tous ces actes sont des turpitudes.

Il faut y joindre toute une série d'actes bons en soi, mais que l'on doit accomplir par devoir et non par intérêt pécuniaire. Se faire payer pour leur accomplissement est honteux : ainsi recevoir de l'argent, pour ne pas commettre une *injuria*, un sacrilège (46), pour rendre un objet remis en dépôt (47), pour juger selon le bon droit (48). L'idée de violence s'est fondue ici avec l'idée qu'il ne sied pas de faire son devoir par intérêt. On passe insensiblement d'une hypothèse (« *ne mihi injuriam facias* ») à l'autre (« *ut secundum me.. judex pronuntiaret* »). Et, en même temps, la sanction se renforce : elle finit par atteindre le *dans* lorsqu'il n'y a plus chez lui volonté contrainte, mais intention de corrompre (49).

(39) ULPPIEN, au Dig. XII, 5, frag. 4.

(40) ULPPIEN, au Dig., h. t., même frag.

(41) ULPPIEN, h. t., frag. 2 ; POMPONIUS, au Dig. XLV, 1, frag. 27

(42) PAUL, au Dig. XVII, 1, frag. 22,6 et POMPONIUS, frag. cité, note 41 ; voir aussi ULPPIEN, au Dig. L., 16, frag. 42, et XII, 5 frag. 2.

(43) ULPPIEN, au Dig. III, 6, frag. 3, 1.

(44) PAUL, au Dig. XII, 5 frag. 3 et ULPPIEN : Dig. XII, 5 frag. 2.

(45) ULPPIEN, au Dig. XII, 5, frag. 4.

(46) ULPPIEN, au Dig. XII, 5, frag. 2.

(47) ULPPIEN, *ibidem*.

(48) ULPPIEN, *ibidem*.

(49) ULPPIEN, *ibid* : *judicem enim corrumpere videtur*.

13. La turpitude exige toujours la connaissance de cause, et certains textes le disent avec une grande force (50). Mais, selon les hypothèses, elle est suffisante ou non pour constituer en état d'indignité.

Pour Papinien (51), la nièce qui veut se marier avec son oncle et lui a remis de l'argent en dot n'agit pas avec turpitude. Elle a pourtant conscience, mais elle n'a pas l'intention de mal faire : *non stupri, sed matrimonii gratia datam esse*. Elle a le droit de répéter. — Celui qui paye *ne injuriam facias* a conscience, mais son consentement étant contraint, cette connaissance ne lui nuit pas : il est censé réprouver le geste auquel il est forcé. Si le contraire apparaît, le voici devenu *turpis* : ainsi, celui qui paye le juge *ut pronuntiaret in bona causa* semble vouloir le corrompre (52) et il devient passible d'une peine.

La turpitude s'étend au complice et, du moment qu'il n'ignore pas le mobile de l'acte auquel il est mêlé, il devient coupable. Si je vends une maison pour consacrer le prix au jeu et que je garantisse contre l'éviction, le cocontractant ne pourra cependant recourir contre moi, si elle se produit : il est fautif comme moi (53).

Ces solutions semblent éclairer d'un jour plus vrai le fondement du refus de *condictio*, à Rome. Partant des affirmations de Paul et Ulpien, on veut qu'il n'y ait pour le droit romain, dans cette théorie, qu'une

(50) ULPNIEN, au Dig. XVII, 1, frag. 12, 11.

(51) Au Dig. XII, 5, frag. 4.

(52) Frag. cité note 49.

(53) PAUL, au Dig. XLIV, 5, frag. 2, 1. — De même, pour celui qui accepte le mandat d'être *fidejussor pro meretrice*, cf. frag. d'ULPIEN cité note 50 ; pour le dépositaire de mauvaise foi, voir l'hypothèse rapportée par PAUL, Dig. XII, 6 frag. 36.

faveur faite à la possession (54). L'analyse de la notion de turpitude oblige à rectifier cette opinion et montre que, si le droit romain s'est attaché à vérifier la culpabilité de chacun des contractants, c'est qu'il savait les frapper d'une peine (55). Pour lui, c'est l'idée qu'il ne faut pas favoriser le coupable (qui domine. Tel était l'avis des juristes du début de l'Empire ; malgré les apparences, Ulpien a suivi en fait la direction donnée : il oblige le *socius* et le coupable à rendre ce qu'ils ont reçu pour dénoncer le vol qu'ils ont accompli (56). Ce ne peut être que parce qu'il y aurait profit pour eux à leur acte immoral (57).

14. Cependant, cette idée que la possession est le motif qui, *in pari causa*, fait décider pour le possesseur a pu avoir un résultat fâcheux. Peut-être a-t-elle contribué à empêcher que la théorie du refus de répétition ne s'étende aux contrats consensuels. On n'a pas admis là que celui qui était propriétaire et l'est resté, malgré le contrat *turpis*, soit dépouillé au profit d'un simple possesseur et, quoiqu'indigne, il a obtenu la restitution de la chose livrée. Il y a ici un manque d'harmonie avec la solution qui refuse toute action

(54) Peut-être est-ce un peu le reproche qu'on pourrait adresser à M. MACQUERON, ouvr. cité, p. 125.

(55) En tout cas, c'est bien comme une peine qu'on envisage le refus d'action en matière de contrat consensuel ; cf. le frag. cité plus loin, note 58.

(56) ULPYEN, Dig. XII, 5, frag. 4 in fine. Cette décision semble bien personnelle à ULPYEN : *puto conditionem locum habere*.

(57) Le frag. de PAUL, h. t. 8, montrerait bien que la possession ne suffisait pas à légitimer le refus de répétition : on ne peut répéter, remarque-t-il, ce qu'on a versé *ob turpem causam*, quoiqu'on ait eu l'exception pour ne pas le verser. Au point de vue de la possession, ces deux solutions s'enchaînent rigoureusement et il n'est pas logique de les opposer par le mot *quoique*. Mais ce texte est sans doute interpolé : cf. M. MACQUERON ouvr. cité, p. 130 et s. La remarque vaut, au moins, pour le droit du Bas-Empire dont l'interpolation peut dater. Elle coïncide avec une autre explication du Code. C. IV, 7, 5.

en exécution aux contractants coupables, jugés indignes (58). S'ils le sont pour l'action, ne le sont-ils pas pour la répétition ? Les Romains ont peut-être compris cet illogisme et ils ont quelquefois étendu le refus d'agir aux contrats consensuels : en matière de société, on voit que l'un des associés n'aura pas la répétition du gain qu'il aura procuré à la communauté ; il devra le partager (59). C'est bien l'indignité seule qui le repousse, car le contrat de société illicite est nul (60).

D'autre part, les Romains se sont efforcés, avant tout, de chercher les solutions les mieux adaptées au but qu'ils poursuivaient, et même dans les cas où l'adage aurait pu jouer, ils n'ont pas hésité à l'abandonner, si ses résultats paraissaient contraires au vœu de la loi et favorisaient mal la répression. On en a un exemple très probant dans les donations entre époux. Quoique nées d'une *stipulatio*, elles sont nulles en vertu même de leur but et la répétition est donnée, comme une conséquence de la nullité, sans qu'on songe à la maxime (61). Il aurait été contraire à la loi de rendre définitif, dès qu'accompli, l'acte qu'elle interdisait. — Pour le jeu, également, les Romains ont toujours admis le *dans turpis* à répéter la mise (62).

(58) Cas de cotuteurs expliqué par ULPIN, au Dig. XXVII, 3, frag. 1, 14 : *proprii delicti poenam subit, quae res indignum eum fecit ut a ceteris quid consequatur doli participibus.*

(59) PAUL, au Dig. XVII, 2, frag. 53.

(60) Notons que Papinien s'efforça de réduire le plus possible le domaine de la maxime *in pari causa* même dans les contrats formels. Nous en avons vu un exemple par le frag. cité p. 29, note 51. Il y eut peut-être quelque divergence entre les vues de ce jurisconsulte et celles des autres auteurs classiques, en matière de *condictio ob-turpem causam*. Cf. J. MACQUEBON, ouvr. cité, p. 146.

(61) Cf. M. HUVÉLIN, ouvr. cité, tome 2, p. 142.

(62) ULPIN, au Dig. XIX, 5, frag. 17, 5.

Le droit romain a cherché aussi les solutions les plus équitables. En matière de *calumniæ*, on trouve cette sanction, très élégante, de faire restituer l'argent à la victime (63). — Au cas où l'esclave fugitif a versé une somme *ne eum indicares*, son propriétaire peut la répéter (64). — Lorsque les biens litigieux étaient importants, il est visible que les Romains ont redouté de les laisser aux mains des coupables. Si des personnes avaient contracté un mariage contraire aux lois, les biens qu'elles s'étaient donnés étaient confisqués (65).

Enfin, le droit des personnes étant assez souple, le droit romain y a trouvé des solutions que nous cherchons dans le droit des obligations. Les contrats accomplis par des personnes « honteuses » n'étaient pas réputés nuls ; ils valaient au même titre que les autres (66). Faut-il aller jusqu'à dire qu'on considérerait la mérétrice comme accomplissant un métier et prendre au sérieux les plaisanteries de Plaute, qui y voit une *opera pro pecunia* (67) ? Ce que l'on sait, c'est qu'on n'enlevait pas aux mérétrices les gains qu'elles avaient réalisés ; mais on n'en pourrait conclure qu'elles auraient pu les exiger en justice, surtout dans l'interprétation primitive qui voit dans leur acte une *turpitudō utriusque*. Plus tard, au temps d'Ulpien (68), les a-t-on davantage considérées comme

(63) ULPIEN, au Dig. III, 6, frag. 3, 1.

(64) ULPIEN, au Dig. XII, 5, frag. 4.

(65) PAPINIEN, au Dig. XXIV, 1, frag. 32, 28.

(66) M. MACQUERON, ouvr. cité, p. 77.

(67) PLAUTE *Asinaria* 1, 3, v. 20. — Au vers 21, il répète *opificiū meum*. Au vers 85, il est même question de rédiger un acte contenant les clauses de ce singulier marché. Ce n'est peut-être qu'une plaisanterie

(68) Au Dig. XII, 5, frag. 4.

exerçant un métier ? La *lex de stupro matronae* ne les comprenait pas dans ses prohibitions, et il est possible qu'on n'ait pas rigoureusement entravé leur honteux commerce. Leur condition n'en était que plus abaissée, et c'est du mépris public que relevait surtout la sanction qui les frappait (69). On dressait une liste des mérétrices (70) ; leurs procès allaient à des magistrats spéciaux (71), et elles étaient soumises à un contrôle. On ne voit pas que, juridiquement, on ait pris contre elles d'autres mesures (72).

§ 3. — *Le Droit du Bas-Empire*

15. Les différentes modifications que le Droit du Bas-Empire a réalisées pour des nécessités pratiques. — 16. Nouvelle conception de l'indignité admise par les constitutions impériales. — 17. Conclusion.

15. Le droit du Bas-Empire a continué de modifier la théorie du refus d'action selon les nécessités pratiques (73). Il a cherché à obtenir une sanction sévère de l'acte immoral. Justinien, tenant à voir observée la répétition des sommes gagnées au jeu, impose à ses fonctionnaires le soin d'y pourvoir à défaut de

(69) TACITE *Annales* II, 85, le dit expressément : *satis poenarum adversum impudicas in ipsa professione flagitii credebant*. Sur la condition de la mérétrice, cf. DAREMBERG, SAGLIO, POTTIER *Dictionnaire des Antiquités*.. v^o meretrix.

(70) TACITE, *ibid* ; PLAUTE. *Asinaria* 1, 2. v. 5.

(71) MOMMSEN et MARQUARDT : *Manuel des antiquités romaines*, Paris, Thorin, 1894, t. IV, p. 207.

(72) On connaît certaines mesures d'exception prises contre les tenanciers des maisons de jeux pour les dommages dont ils étaient victimes pendant la durée des jeux. Tout recours leur était refusé : ULPPIEN, *Dig.* XI, 5, frag. 1, princ.

(73) Antonin déjà avait pris une mesure contre celui qui corrompait le juge *in bona causa*, C. VII, 49. 1 ; voir *supra* p. 29.

l'intéressé : la somme ira au fisc (74). — Le Code n'admet pas le maintien des prestations en cas de sommes données pour échapper au service militaire (75). Il semble prendre conscience que la maxime, appliquée sans discrétion, aboutirait à des résultats funestes.

16. En outre, le Code a tiré des conséquences originales et fécondes du principe *in pari causa*. N'est-il pas inutile d'admettre le plaideur à prouver sa turpitude, puisque, cette preuve faite, l'adage obligera à rejeter malgré tout sa demande (76) ? Peu à peu, à établir ces conséquences, les juristes se sont détachés de la maxime elle-même, et ils ont été ramenés à une notion plus exacte de l'indignité.

Le Code rattache au même principe et le refus d'action et le refus de répétition. Le refus d'action s'observe dans l'hypothèse où le mari a favorisé l'adultère de sa femme : il n'a pas droit aux sommes convenues, parce que sa requête contient l'aveu d'une faute *confessionem lenonii* (77). — Le refus de répétition est appliqué au cas où une donation frauduleuse a été accomplie, parce que, là encore, on doit avouer sa faute (78). Les deux solutions sont symétriques. On n'allègue pas, à propos de la deuxième, le principe *in pari causa* ; et les termes dans lesquels est rendue la première prêtent à croire qu'on ne comprend plus tout à fait comme les classiques le refus de répétition.

(74) C. III, 43, 2.

(75) C. IV, 7, 3.

(76) C. IV, 7, 2.

(77) C. IV, 7, 5.

(78) C. VIII, 56, 4. — C. II, 4, 30. — C. VII, 8, 5.

Ce texte paraît mettre en principe qu'on ne doit pas écouter celui qui a été partie dans un acte immoral, quel que soit son rôle. Aussi est-il fort embarrassé pour expliquer la faveur qu'on fait au défendeur en cas d'*utriusque turpitudine* — solution qui ne souffre pas de difficultés pour qui s'appuie sur le fait de la possession (79).

Cette indignité, cause du refus d'action, ce n'est plus même, d'après une autre constitution (80), l'indignité qui accable celui qui a commis un acte « hon-teux », mais celle de l'impudent *qui veut se faire un titre d'un acte immoral*, encore qu'il n'y ait pas participé: elle atteint donc les héritiers.

Ces deux constitutions laissent entrevoir que le Bas Empire a connu une théorie particulière de l'indignité, fondée sur le dessein frauduleux du demandeur et ne se rattachant plus logiquement aux règles admises en matière de possession. De ces textes, le Moyen Age pourra tirer facilement la doctrine de la maxime *Nemo auditur*.

17. C'est bien dans le droit romain que l'on trouve la première application du refus d'action pour indignité. Il s'en est servi dans les contrats consensuels pour écarter la demande en exécution présentée par un coupable, l'exception de dol étant réservée aux contrats formels (81). Pour la répétition, le même

(79) C. IV, 7, 5 précité. Comparer le texte de PAUL au D. 12, 5. 8 dont nous avons parlé, note 57.

(80) C. VII, 8, 5 ; nam ipse manumissor si fraudem se fecisse creditoribus. ut revocet libertatis, audeat dicere audiri non debet, nec heredes ejus.

(81) M. MACQUERON, *ouvr. cit.*, p. 146, a pensé que quelques auteurs auraient étendu la nullité aux contrats formels. Ses arguments n'ont pas convaincu M. GIFFARD : *Compte rendu de la thèse de M. Macqueron. Rev. hist. de droit*, 1927, p. 320.

principe eût pu être utilisé ; il est, en fait, sous-entendu. Mais une théorie a fait prédominer une conception plus artificielle : le refus de *condictio* est présenté comme une faveur faite à la possession. C'est seulement le droit du Bas-Empire qui a repris la tradition primitive de l'indignité, et son œuvre féconde devait susciter la maxime *Nemo auditur*.

La tradition romaine, cependant, n'est plus simple. Elle contient deux principes : celui de la maxime *Nemo auditur*, venu des textes postérieurs, et celui de la règle *In pari causa*, exprimé dans les textes classiques, qui est en contraste accusé avec le précédent. Si l'on juge le demandeur indigne, pourquoi le défendeur ne l'est-il pas ? La question n'a pas été résolue bien expressément (82).

Malgré tout, on aurait grand tort de sous-estimer l'apport, l'apport moral, du droit romain. Ses jurisconsultes ont signalé les premiers que la nullité pour cause illicite ne ressemble pas exactement à la nullité pour cause inexistante. La première réclame une peine, car il y a eu volonté perverse. Ils ont bien analysé cette volonté perverse chez les coauteurs et les complices, en y relevant des degrés divers, depuis la simple connaissance jusqu'à l'intention. Ils ont vu, enfin, que dans ce maintien des prestations, il y avait quelque chose qui pouvait aller contre le but de la loi. Aussi l'ont-ils restreint dans plusieurs cas, sans donner, il est vrai, un critérium général.

Fondement, limitation, réglementation, ils ont fourni des réponses, non pas définitives, mais claires

(82) C. IV, 7, 5.

et suggestives. Les commentateurs leur ont plutôt fait tort, en ne prenant chez eux qu'une théorie, et en l'interprétant plus artificiellement encore. Ils ont cru que les textes du Digeste s'attachaient à assurer uniquement la prépondérance de la possession, et c'est malheureusement sous cet aspect que, pendant une partie de l'Ancien Droit, le droit romain a inspiré notre propre Tradition.

Section II. — La Tradition de l'Ancien Droit

§ 1. *La formation de la maxime Nemo auditur.* — § 2. *L'adage Nemo auditur d'après les Bartolistes.* — § 3. *L'adage Nemo auditur chez les jurisconsultes de la Renaissance.* — § 4. *L'adage Nemo auditur chez les juristes et dans la pratique judiciaire du xvii^e et du xviii^e siècle.*

§ 1. — *La formation de la maxime Nemo Auditor*

18. *Les théories des canonistes du xii^e siècle sur les conséquences des actes illicites.* — 19. *Les théories des glossateurs.* — 20. *Les théories des jurisconsultes coutumiers.* — 21. *L'origine de l'adage Nemo auditur.* — 22. *Les théories d'Azon sur la maxime.* — 23. *Les théories de Bernard de Parme.*

18. Le problème des conséquences de l'acte illicite s'est à nouveau posé d'une façon plus aiguë quand l'Eglise catholique a voulu se donner un droit et une organisation, à la suite des événements qu'elle traversa aux xi^e et xii^e siècles. Les canonistes ont apporté à la solution de cette question des données personnelles dont, au bout d'un siècle, devait naître la maxime *Nemo auditur*.

La période de réformes qui s'ouvre avec le Pontificat de Grégoire VII a vu s'établir la sanction d'un acte illicite particulier, la simonie. Si l'on s'était contenté des solutions du Digeste, on aurait peut-être pu y voir une *utriusque turpitude* et l'on aurait laissé au possesseur le bénéfice de l'acte simoniaque. Mais la sanction aurait été insuffisante.

D'autres textes du droit romain du Bas-Empire proposaient la répétition pour les hypothèses de ce genre : elle parut une sanction plus adéquate et Deusdedit, reprenant une loi des *Novelles*, condamna le laïc coupable à la restitution au double, au profit de l'Eglise victime (1). Un canoniste postérieur, Paucapalea, suivit la même doctrine (2). Un autre parti se montrait plus clément : Rufin se contentait de faire répéter au simple et par le *dans turpis* ; il est vrai qu'il livrait ce dernier, avec son argent, aux peines de l'enfer (3). Stéphane de Tournay proposait une solution intermédiaire et faisait restituer l'argent au simple à l'Eglise victime (4). C'est l'avis que sanctionna une décrétale d'Alexandre III (5).

Une autre conséquence de l'acte illicite arrêta les canonistes : la faute que l'on a commise enlève-t-elle le droit d'accuser ? On ne s'aperçut que plus tard que la règle *in pari causa* pouvait offrir une solution

(1) DEUSDEDIT : *Collectio canonum*, édit. Martinucci, Venise 1869, IV, 152.

(2) PAUCAPALEA : *Somme sur le décret de Gratien*, édit. Schulte, Giessen, Roth 1890, c. I qu. 3.

(3) RUFIN : *Somme sur le décret de Gratien*, édit. Schulte, Giessen, Roth 1892, c. I qu. 3.

(4) STÉPHANE DE TOURNAY : *Somme sur le décret de Gratien*, édit. Schulte, Giessen, Roth 1891, c. I qu. 3 ; solution qu'il s'efforce de concilier avec celle du Dig.

(5) *Decr. Grégoire IX*, livre V, 3, c. 11 de hoc autem : si qua receperint... ecclesiae Oxoniensi sine diminutione restituant.

et les auteurs la cherchèrent selon une méthode indépendante. D'après Stéphane de Tournay (6), Rufin (7), l'accusé, non pas le condamné, peut par voie d'exception opposer un crime plus grand ; pour opposer un crime égal ou moindre, il faut qu'il soit d'un grade hiérarchique plus élevé que son adversaire. Ces auteurs envisageaient surtout les fautes canoniques. Pour l'adultère, Paucapalea recourait plus simplement à une défense absolue : l'époux en faute ne peut reprocher ses mœurs à son conjoint (8). C'était la solution romaine, sans qu'elle fût rappelée.

Même lorsqu'il adopta l'avis du Digeste, le droit canonique le fit avec une certaine indépendance et une libre critique. On peut en juger à la façon dont il tranche la question des acquisitions illicites ordinaires. Gratien, reprenant un texte de Saint Augustin, suit pas à pas les décisions du titre *de condictione ob turpem causam* (9). Comme le Digeste, il refuse la répétition à ceux qui ont essayé d'acheter le juge pour une sentence injuste, invoquant, semble-t-il, à l'appui une raison de convenance morale plutôt que la possession : ils doivent « *craindre cet aveu ou en avoir honte* ». Comme le Digeste, il concède la répétition à ceux qui ont acheté le juge pour une *bona causa* ; ils ont été victimes de violence et l'*accipiens* seul est *turpis*. Mais, dans cet exposé, interviennent de nouveaux éléments : Gratien discerne déjà les exigences de la Justice distributive ; il accepterait peut-être la res-

(6) STÉPHANE DE TOURNAY, *ibid.*, c. III qu. 11.

(7) RUFIN, *ibid.*, c. III, qu. 11.

(8) PAUCAPALEA, *ibid.*, C. XXXII, qu. 6.

(9) Décret de Gratien, 2^e partie, c. 14, qu. 5, c. 15.

titution de ce qui a été versé pour un jugement injuste, il n'y renonce que pour des raisons de décence (10). Il n'y a qu'à voir comme il oppose à ce cas de non répétition l'hypothèse d'un individu qui a payé ses honoraires à un médecin, ce qui choquait les mœurs de l'époque. Là aussi, il n'y a pas de restitution admise, mais ce n'est pas pour un motif de convenance extérieure, c'est pour une raison de justice (11). Yves de Chartres avait donné déjà la même solution au cas de paiement à la mérétrice (12). La *turpitudinis solius*, la plus factice de tout le système romain, s'est ainsi transmise au Moyen-Age, plus ou moins modifiée, mais avec un grand succès ; et la raison qui dicte cette solution a changé, c'est une question d'équité. Bientôt il n'y aura plus que cette hypothèse de turpitude, avec celle de l'*accipiens*, que les canonistes et théologiens admettront ; le seul cas véritable de la théorie, l'*utriusque turpido*, sera repoussé.

19. De leur côté, les jurisconsultes du droit civil ont étudié la sanction de l'acte illicite qui se trouve exposée dans les textes romains. Irnerius (13), Rogerius (14) reproduisent les distinctions du *De condictione ob turpem causam*. La méthode exégétique de ces glossateurs se plaît peu aux innovations, et le

(10) Ibid. : qui pro iniquo iudicio dedit vellet repetere, nisi puderet vel timeret emisse.

(11) Ibid. : nec tamen haec qui ab invito accipiunt per injuriam accipiunt, quae potius non darentur.

(12) YVES DE CHARTRES : *Décret* (Patrol. latine de Migne, t. 161), p. VIII, C. 307. C'est le fameux texte d'Ulpien sur la mérétrice : quod meretrici datur...

(13) IRNERIUS : *Summa codicis*, édit. Fitting, Berlin, Guttentag, 1894, sur le Code IV, 7, 5.

(14) ROGERIUS : *Summa codicis* (Biblioth. juridica mœdii ævi, Gauden-tius, Bologne, 1888) sur le Code IV, 7, 5.

seul apport qui leur soit personnel vise la condition du gage remis pour une cause illicite. Si l'on envisage la règle *in pari causa* au sens strict, le débiteur n'a plus la possession et doit être écarté. Cette solution ne manque-t-elle pas d'équité ? Les auteurs se partagent sur l'avis à adopter. Basianus n'admet la répétition que par la revendication (15) et Azon la refuse dans tous les cas (16). Nous verrons ce qu'il advint de cette discussion.

20. Les jurisconsultes des pays coutumiers fournirent un apport plus original à la théorie de la sanction des contrats illicites. A cette époque où la justice avait un caractère fiscal, ils conseillent surtout la confiscation. Pierre de Fontaines (17), Ph. de Beaumanoir (18) l'emploient pour des cas d'*utriusque turpitudine*. Beaumanoir y ajoute même une amende (19). Pour compléter la sanction, ils autorisent la répétition du gage ou déboutent celui qui argue de la clause pénale, au cas de non-accomplissement du contrat illicite (20). Moins asservis au texte romain que les glossateurs, ils découvrent ainsi en cette matière la solution la mieux adaptée au but à remplir : si l'on n'autorise pas cette restitution du gage, on fait réaliser une perte au débiteur et on le sollicite à mal faire.

(15) D'après Azon : *ad singulas leges XII librorum codicis... commentarius*. Paris, 1577, sur les mots *Cum te* (Code IV, 7, 5) ; et HUGOLINUS : *Dissensiones dominorum super... corpore juris civilis*, édit. Haenel, Leipzig, 1834.

(16) Azon, ouvr. cité, *ibid.*

(17) *Le conseil de Pierre de Fontaines*, édit. Marnier, Paris, Joubert-Durand, 1846, c. 15, 6.

(18). Ph. de BEAUMANOIR : *Les coutumes de Beauvoisis*, édit. Beugnot, Paris, Renouard, 1842, t. 2, chap. 34, n° 25.

(19) *Ibidem* n° 25.

(20) *Ibidem* n° 24. — P. de FONTAINES, ouvr. cité, n° 5.

Les mêmes tendances apparaissent dans « *le Livre de Jostice et de Plet* », malgré toutes les influences romaines qui se sont exercées sur l'auteur. Il reprend les solutions du Digeste, en cas d'*utriusque turpitude*, de *turpitude accipientis solius* et *dantis solius* (21), mais il prononce la confiscation quand on a donné « *por fere aferes de vilenie* » (22) et le refus d'action dans l'hypothèse du jeu (23), et à ce dernier propos, il expose nettement le motif qui l'inspire : « (les contractants) n'en sont pas *digne*... Hons de haage... pert *sa dignité* de demander en ce qu'il joe à lui » (24).

21. Les canonistes, comme Gratien, les juristes coutumiers, comme l'auteur du *Livre de Jostice et de Plet*, nous montrent qu'au ^{xiii}^e siècle, l'idée d'indignité était connue et utilisée dans le domaine du droit. De cette tendance étaient nées déjà plusieurs règles juridiques. On a signalé la formation, à la fin du ^{xii}^e siècle, d'une maxime voisine de la nôtre : *non servanti fidem non est fides servanda*, qui essaye de son côté de définir les conditions morales qu'on exige du demandeur (25).

Cette même époque a vu naître la formule *Nemo auditur turpitudinem allegans*. Les derniers mots de cet adage se trouvent dans une décrétale d'Inno-

(21) *Le livre de Jostice et de Plet*, édit. Rapetti, Paris, Didot, 1850, livre VI, 12, 1 et 2.

(22) Ibid. livre III, 4, 7. L'auteur y ajoute des peines « segont ce qu'il (le roi) verra qu'il devra fere ».

(23) Ibid. livre XX, 11, 1. Le refus d'action paraît absolu.

(24) Plus tard, la *Somme rurale* de BOUTELLER, Paris, Macé, 1603, titre 61, sera bien moins originale et ne renfermera plus que l'exposé du Digeste.

(25) M. CAPITANT : *La cause*..., p. 133 ; G. BOYER : *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse Toulouse, 1924, p. 232.

cent III (26), datant des dernières années du XII^e siècle ou du début du XIII^e. Il s'agissait d'un procès entre deux ordres religieux. Le défendeur, qui voulait répéter, prétextait que la donation critiquée était nulle pour plusieurs raisons : son représentant à l'acte avait négligé de consulter un grand nombre des Frères de l'Ordre et ceux qui avaient pris part à la décision avaient encouru l'excommunication. Innocent III écarta ce plaideur : il alléguait, dit-il, pour son profit les torts de son propre représentant: *quod... pro se, non contra se turpitudinem allegarent*. Mais le principe ne se suffit pas encore à lui-même et le Pape l'appuie sur un autre: *Quia non deceptoribus sed deceptis jura subveniunt*. On n'écoute pas cet aveu, parce qu'il n'est fait que dans l'intérêt d'un coupable et que c'est à la victime seule que le droit porte secours.

Pour avoir besoin d'être justifié, l'adage ne devait donc pas être bien connu encore à cette époque ; au contraire, Azon, mort en 1220-1230, — Vincent, mort en 1235, en parlent couramment. Il faut donc supposer un certain succès à cette règle qui, en vingt ou trente ans, s'est généralisée dans les Ecoles de Droit.

22. Dans l'œuvre d'Azon, elle s'accompagne d'une autre maxime qui éclaire son esprit : *Nemo ex suo delicto lucratur* (27). C'est à peu près la pensée d'Innocent III, mais rendue plus juridique. Si l'on écarte l'indigne, ce n'est pas par une raison de pudeur, c'est parce qu'il est dangereux de faire du délit une

(26) *Décret. de Grégoire IX*, livre III. 29, c. 8 *Inter dilectos filios*.

(27) Azon, ouvr. cité, sur le texte *Transactioe finita*, Code II, 4.

occasion de gain. Ce serait encourager la faute. Comme dans l'hypothèse de la décrétale, la règle *Nemo auditur* sert à repousser celui des contractants qui veut faire résilier son contrat, en s'appuyant sur ses torts personnels. Elle ne fait pas double emploi avec les textes du Digeste et n'est pas alléguée dans les hypothèses contractuelles (28), ou à propos du *de condictione ob turpem causam*. La turpitude dont il est question sous ce titre, c'est, par opposition, la turpitude de l'acte passé, celle que la *pudeur* doit empêcher d'avouer (29).

Azon éprouve déjà comme la formule *Nemo auditur* est trop lâche et funeste, si on l'applique indiscrètement. Il se lance dans la voie des exceptions qu'il s'efforce de tirer logiquement de l'esprit de la règle. Si on allègue sa turpitude *contra se*, l'abus de ce moyen de défense n'est pas à craindre et on peut écouter le plaideur. De là, à l'étendre au cas où on l'allègue *ad commodum alterius et nomine*, il n'y a qu'un pas et Azon le franchit : il autorise le rejet de la maxime pour le père qui a vendu son fils, en le faisant passer pour esclave. En demandant la nullité, celui-ci agit pour le bien de son fils (30).

23. Les glossateurs, du moins ceux du droit canonique, s'attachent à leur tour à limiter le dangereux adage. Vincent (d'Espagne) le repousse quand le salut

(28) AZON, ouvr. cité, l'emploie pour repousser celui qui a agi en fraude des créanciers, ou celui qui a fait conclure une transaction, à l'aide de dol (sur le Code II, 4, *Transactione finita*).

(29) AZON, *ibid.*, sur la loi *Cum te*, Code IV, 7, 5 ; et *Summa in jus civile*, Lyon, 1564, sur le titre VII, livre IV du Code.

(30) AZON : *ad singulas leges...*, sur le texte *Rem quidem*, Code VII, 6.

de l'âme, *periculum animae*, est en jeu (31). Bernard de Parme va jusqu'à admettre qu'on peut toujours alléguer sa turpitude *par voie d'exception*, et même par voie d'action, contre celui qui a exigé la promesse, c'est-à-dire *pour faire rescinder l'acte non exécuté* (32).

Nous assistons au travail d'une pensée qui se cherche. D'une part, l'adage élargit son domaine, et, dans les dernières hypothèses citées par Bernard, il est visible qu'il est allégué à propos d'un contrat. D'autre part, on s'efforce de lui trouver des limitations. Bernard de Parme a pris conscience qu'avant tout, c'est l'exécution de l'acte qu'il faut empêcher, et jusqu'à nos jours, sa distinction se maintiendra. L'admission de l'exception de turpitude est également un caractère destiné à demeurer dans l'adage. Faut-il y voir une influence du Digeste ? Rien n'oblige à le croire, cette distinction de l'exception et de l'action étant souvent reprise au Moyen-Age. Elle était dans la nature des choses : pour repousser celui qui allègue sa turpitude par voie d'action, il faut bien accueillir celui qui le fait par voie d'exception, puisqu'on ne connaîtra qu'ainsi les agissements du premier (33). Quant au *periculum animae*, c'est une notion très vague, qui va aller en s'étendant sans cesse : la personne qui a contracté promesse de se marier peut, pour se dégager de ce lien, prouver qu'elle était déjà mariée (34), ou qu'elle a entretenu un commerce avec une parente de

(31) VINCENT, glose sur le c. Ex tenore *Decr. Grégoire IX*, II, 20, c. 35.

(32) BERNARD, glose sur le c. Ex tenore *Decr. Greg. IX*, III, 8, c. 13.

(33) Il est à remarquer que dans la décrétale *Inter dilectos* Innocent III n'a pas permis qu'on alléguât sa turpitude par exception. Une évolution s'est donc faite au XIII^e siècle.

(34) Glose sur le c. Ex tenore. *Decr. Greg. IX*, II, 20, 35.

sa fiancée (35). On envisage dans ces deux cas qu'il y a *periculum animae*. Cette notion représente, à l'époque, les intérêts supérieurs de l'ordre public, qu'on ne peut sacrifier sous aucun prétexte.

Dès le ^{xiii}^e siècle, la maxime est ainsi connue, citée, étudiée ; ses principaux caractères sont fixés : elle a pour fondement l'indignité de la demande, pour limite, les intérêts de l'âme ; elle s'efface devant un aveu fait par voie d'exception, ou quand le contrat illicite n'est pas encore exécuté.

§ 2. — *L'adage Nemo auditur d'après les Bartolistes*

24. Influence du consentement donné à l'acte illicite sur l'application de la maxime *Nemo auditur*. — 25. Les théories de Bartole et Balde. — 26. La maxime *Nemo auditur* dans ses rapports avec la maxime « *in pari delicto* » du « *Sexte* ». — 27. Rôle de la fiscalité dans le règlement des conventions illicites.

24. L'œuvre des Bartolistes a été de systématiser cet ensemble de règles un peu confus et de préciser leur application en face de principes voisins.

Le ^{xiii}^e siècle a vu s'affirmer, en effet, le principe de la valeur du pacte nu (36), ce qui a conduit les auteurs à se demander si non seulement l'absence de formes, mais la turpitude de l'engagement pouvait empêcher toute obligation de naître. On a admis des distinctions. En certains cas, la turpitude paraissait

(35) Sur le c. *Praeterea de muliere*, ibid. IV, 1, 12 ; sur le c. *Tertio loco* : II, 23, 13 ; sur le c. *Tua nos* : IV, 1, 26. — On invoque encore le *periculum animae* en matière de simonie : sur le c. *Ex tenore*, ibid. III, 8, 13.

(36) Du moins, chez les canonistes. Cf. BOYER, ouvr. cité, p. 216 et SPIES : *De l'observation des simples conventions en droit canonique*. Thèse Nancy, 1928, pages X et 23. Pour les juristes du droit civil, la question est discutée : voir Spies, ibid. p. XII et XIII.

telle que l'acte devenait sans valeur : par exemple, si la cause, exprimée ou même sous-entendue, de l'obligation était illicite. Si c'était seulement la façon dont on avait conclu le contrat qui était viciieuse, la nullité n'était opposable que par exception (37). On reconnaît là quelques distinctions du Digeste. Il se trouve cependant des auteurs qui les reflètent moins : P. de Belleperche n'admet que la nullité par voie d'exception, au cas où la cause illicite n'est pas exprimée (38).

Est-ce à dire que, pour eux tous, le consentement qu'on a donné au contrat nul soit complètement inutile ? Il ne faudrait pas le croire. Le consentement a cette vertu, qu'accompagné de la tradition, il transfère réellement la propriété (39). Cette décision, qu'on n'a pas prise à l'égard de la cause inexistante (40), constitue évidemment un encouragement à la fraude. Elle prouve qu'on reconnaissait une certaine valeur juridique aux obligations qu'on déclarait nulles.

La volonté joue encore un rôle, un rôle de fait, après l'exécution du pacte. La répétition est donnée plus ou moins facilement *selon qu'elle viole ou non les engagements du contrat*. Théologiens et canonistes ont aidé à l'éclosion de ces idées. Déjà le *Décret* de Gratien et

(37) DYNUS : *Commentarius in regulas juris*, Lyon, Vincent, 1546, sur la règle 69 ; c'était peut-être l'avis d'AZON : *In jus civile summa*, sur le livre IV, 7 ; de PAUL DE CASTRE : *Commentaria*, Lyon, 1635, sur le texte *Si ob turpem...* Dig. XII, 5. — BARTOLE expose rapidement la discussion, sans prendre parti : *Praelectiones...*, Lyon, 1546, sur le même texte du Digeste. — La prestation d'un serment pouvait-elle confirmer l'acte nul ? Cf. A. ESMEIN : *Le serment promissoire dans le droit canonique*. Nouv. Rev. Hist. de droit, 1888, p. 270 et s.

(38) P. de BELLEPERCHE sur la loi 26, titre 1, du liv. 45 du Dig. : *Commentaria*, Francfort, 1571 ; BALDE semble partager cet avis : *Commentaires*, Lyon, 1585, sur le texte *cum te non solum*, Dig. IV, 2 ; et sur le texte *si ob maleficium* au Dig. II, 14.

(39) BALDE, sur le frag. *Perpetuo*, Dig. XII, 5 ; comparer AZON « *ad singulas leges...* » précité, frag. : *non dubium* du Code I, 14.

(40) BALDE, sur le même frag., *ibid.*

la *Somme* de Rufin (41), nous l'avons vu, distinguaient les acquisitions « *honteuses* » des acquisitions « *injustes* », acceptant facilement le maintien de l'état de fait dans le premier cas (42). Cette idée a pris de plus en plus d'ampleur. Les théologiens ont admis que le consentement donné au pacte rend l'acquisition juste et dispense de restitution, pourvu que le prix soit équitable, cela va sans dire. Saint Thomas d'Aquin admet ainsi les gains réalisés par la mérétrice (43), A. de Halès aussi et leur assimile ceux du joueur (44). Saint Bonaventure suit la même doctrine, avec restriction seulement à l'égard du joueur qui a entraîné son complice (45). Rares deviennent les cas où l'on doit se refuser à maintenir l'état de fait voulu par les parties : Saint Thomas donne pour exemple le cas de la simonie (46).

Les juristes ont professé les mêmes doctrines. Quand la maxime était un moyen de faire respecter le consentement donné, ils ont facilement envisagé le maintien des prestations, comme un droit plutôt qu'un fait (47).

(41) Pour le « décret » de Gratien, cf. *infra*, p. 39. — RUFIN, ouvr. cité, c. 14 qu. 5, distingue les *mala acquisita ex modo accipiendi* et les *mala acquisita ex modo acquirendi* (gains de la mérétrice).

(42) RUFIN, *ibid.*, conclut qu'on peut employer en aumônes les *mala acquisita ex modo acquirendi*, mais non pas les *mala acquisita ex modo accipiendi*.

(43) S. THOMAS. *Somme Théologique*, IIa II ae, qu. 62, art. 5.

(44) A. DE HALÈS « *Summae theologiae* », Venise, 1575, Pars IV, qu. 24, m. 5, art. 3, et qu. 33, m. 2, art. 3.

(45) S. BONAVENTURE « *Œuvres* », 1889, : dist. 15, pars 2, art. 2 qu. 1.

(46) S. THOMAS, *ibid.*

(47) LE PANORMITAINE (Tudeschi) « *Interpretationes in decretales* », Lyon, 1547, sur le c. « *quia plerique* » Decr. Greg. IX, III, 49, 8, dit au sujet de la mérétrice « *Jus positivum est pro eis... Praeterea favet sibi jus naturale... propter consensum domini tradentis* », texte qu'il est intéressant de comparer à HALÈS, *ibid.*, quest 24, m. 5, art. 3 « *Quod accipitur pro hujusmodi opere vel actu (in acquisitis per meretricium) transfertur in dominium accipientis et juste possidetur* ». Le Panormitain est, il est vrai, un canoniste, et d'une époque postérieure ; mais son avis était celui d'AZON : « *in jus civile summa* » sur le livre IV, 7 du code, de Pe (trus de Belleperche) d'après CYNUS. ouvr. cité, sur la loi « *Cum te* » au Code IV, 7.

Ainsi, la mérétrice peut-elle, d'avis unanime, conserver ce qu'elle a reçu ; quelques auteurs lui reconnaissent même le droit de le demander par voie d'action (48). Si, au contraire, l'état de choses consécutif à la convention illicite n'avait pas été voulu, les juristes ont hésité à maintenir le contrat et même ils ont réussi par différents moyens à autoriser la répétition.

La glose réserve le cas d'*error acerrimus vel lubricum aetatis* (49), qui permettra au demandeur *turpis* de se faire restituer. La question du *gage* a fait naître une difficulté de ce genre. Le débiteur qui a confié l'objet se voit frustré d'un droit qu'il n'a pas exposé dans le contrat illicite. Il n'a engagé que la possession de son objet ; il perd la propriété. Frappés de cette injustice, les auteurs s'éloignent de l'application littérale de la maxime pour obliger le créancier gagiste à rendre. Ils hésitent seulement sur le fondement juridique à donner à l'action. Bartole indique qu'en agissant, le débiteur ne se fonde pas sur sa turpitude, mais sur celle du créancier (50). Cynus explique que la propriété lui est restée, et même le droit de gage, car la tradition, suffisante avec le consentement pour transférer la propriété, ne sert à rien pour le transfert du droit de gage (51). D'autres prétendent qu'en ce cas, le *reus* devient demandeur et, à ce titre, doit être repoussé (52). Balde donne la raison la plus pro-

(48) BARTOLE indique cette discussion, ouvr. cité, sur le frag. « *Idem si* » Dig. XII, 5, ainsi que CYNUS, *ibid.* — AZON, *ibid.*, et P. DE BELLEPERCHE, d'après CYNUS (cf. note précédente), admettaient l'action de la mérétrice.

(49) Sur le mot « *repetere* » frag. ; *si ob turpem*, Dig. XII, 5.

(50) Ouvr. cit. sur le frag. « *Omne* ». Dig. XII, 5.

(51) CYNUS, ouvr. cit., sur la loi « *Cum te* » Code IV, 7.

(52) D'après BALDE, ouvr. cit., sur le frag. « *Cum te* » C. IV, 7. Rappelons que l'avis de Bassianus (cf. note 15) était encore soutenu par PAUL DE CASTRE, sur le frag. : *si promitto tibi*, Dig. XII, 5. L'admission de la revendication s'accorde d'ailleurs avec l'avis, exposé plus loin, de BALDE.

fonde : en réalité, le débiteur n'a pas consenti et il n'y a pas eu paiement : *nec videtur solutum* (53).

Au cas où les biens litigieux ont été mis en communauté, il y a de même une vraie spoliation à refuser la restitution à l'époux créancier. Aussi, quoiqu'il y ait égalité de torts entre les coupables, on écarte l'application de la maxime et l'on donne gain de cause au demandeur. Résultat équitable, que les Bartolistes s'efforcent de justifier, au point de vue technique, par des considérations plus ou moins concluantes (54).

La *simulation* soulève des problèmes identiques. Celui qui a remis un objet à un complice, dans un but de simulation, peut-il ensuite le réclamer ? Balde admet que celui qui a aliéné en fraude à la loi peut répéter (55); Salycet, que le défendeur peut prouver la cause illicite du billet pour échapper au paiement (56). Le Panormitain, plus sévère, n'accorde pas ce droit dans tous les cas. Il distingue selon que le motif de la simulation est juste ou non. Dans la première hypothèse, le serment n'oblige pas ; dans la deuxième, et encore selon les termes employés, le serment qui a suivi le contrat est coupable et l'on ne peut alléguer ce parjure. Il faut faire observer le contrat comme s'il était voulu (57). Cet avis ne dominera pas et l'on verra, aux siècles suivants, Alciat, suivi par Voët, affirmer que « la propriété n'est pas transférée par un contrat simulé » (58).

(53) BALDE, sur le frag. « *Omne* ». Dig. XII, 5.

(54) BARTOLE, ouvr. cité, sur le frag. *Cum mulier* Dig. XXIV, 3, 47.

(55) BALDE, *ibid.*, sur le frag. *Alias autem*, Dig. XII, 2.

(56) Glose ordinaire, sur le Code IV, 7.

(57) « *Panormitani quaestiones* » quaestio II - 4.

(58) ALCIAT « *Œuvres* » Francfort, 1617, sur la loi « *Transactio finita*, » Code II, 4, 30. — De même, DÉCIUS « *Consilia* » 1546, consilium 14. — POUR VOËT. « *Commentarius ad Pandectas* », Cologne, 1769, sur le Dig. XII, 5, n° 6.

25. Grâce à ces fécondes discussions, la maxime *Nemo auditur* tend à prendre un aspect synthétique, à se formuler en une théorie compréhensive et mieux déduite. Le point discuté n'est pas le fondement de la maxime, mais ses limitations. Le ^{xiii}^e siècle avait déjà légué quelques principes : il est permis d'invoquer sa turpitude *contra se*, par voie d'exception, en cas de *periculum animae*. Bartole enrichit ce thème de certaines précisions. Les discussions survenues à propos du gage avaient montré que, même alléguée par voie d'exception, la maxime peut arriver à favoriser très nettement un coupable. Pour repousser ces conséquences, Bartole admet que, fût-ce par voie d'exception, celui qui allègue sa turpitude n'est pas écouté quand il agit *de lucro captando* (59) ou quand son adversaire n'a pas participé à sa faute (60). Mais, dans ce dernier cas, Bartole, en juriste avisé, ne veut pas pousser la sanction au-delà d'une juste limite. Si le coupable a déjà été l'objet d'un jugement (qui l'a puni), il peut alléguer ses torts sans restrictions. Le jugement lui confère un droit dont il peut se servir à son gré (61).

La maxime devient ainsi *de plus en plus morale* : la recherche du gain ou le souci d'éviter un dommage constitue la division la plus générale. On veut avant tout éviter que la nullité ne favorise le coupable : *in praejudicium dolosi, omnis contractus valet* (62).

(59) BARTOLE, *ouvr. cit.*, sur la loi « *Procurator* ». Dig. XII, 2 ; BALDE, *ouvr. cit.*, sur le frag. *Jusjurandum*. Dig. XII, 2, 17 et sur le frag. « *Alias autem* ». Dig. XII, 2.

(60) BARTOLE, *ibid.* ; BALDE, *ibid.*

(61) BARTOLE *ibid.*

(62) BALDE, sur le frag. 30, Code II, 4.

Qu'il emploie l'action ou l'exception, celui qui veut réaliser un gain est toujours repoussé. — Celui qui entend simplement éviter une perte possède déjà l'exception en face d'un complice. — Enfin, celui qui a purgé sa peine peut agir par n'importe quel moyen, même en face d'un tiers de bonne foi (63).

Au-delà de toutes ces distinctions, l'intérêt de l'Etat n'est pas oublié. Mais il est plus difficile de savoir à quel critérium on reconnaît cet intérêt supérieur. Balde incline peut-être à la distinction de l'acte illicite et de l'acte immoral (64). Le fait illicite est considéré comme impossible et ne peut être ratifié d'aucune manière, fût-ce de cette façon indirecte qui résulte de l'application de la maxime.

26. La maxime *Nemo auditur* voit au xiv^e siècle s'établir son domaine propre, en face de l'adage *in pari causa*, qui est allégué dans un autre sens et pour d'autres circonstances. Les auteurs semblent plutôt les opposer et il est facile de voir que leurs règles ne concordent pas. Balde admet que celui qui est *in pari causa* est écouté, même s'il agit pour un gain (65) ; — celui qui agit *ad damnum vitandum* est écouté parfois, aux termes de la règle *Nemo auditur*, tandis qu'il ne l'est jamais, s'il est *in pari causa* (66).

L'adage *in pari causa* paraît moins souple, moins

(63) Il convient d'ajouter que si moral qu'il soit dans les écrits des Bartolistes, l'adage y conserve un aspect procédurier, artificiel. On envisage la turpitude de la demande d'une manière étroite, en se fondant sur l'objet de l'« *intentio* » ; cf. le raisonnement de P. DE CASTRE à propos du gage, ouvr. cité, sur le frag. « *Si promitto tibi* » D. XII, 5. — De même. DÉCRUS, ouvr. cité, cons. 14.

(64) BALDE, *ibid.*, sur le frag. 5, Code VII, 8.

(65) BALDE, *ibid.*, sur la loi « *Cum te* », au Code IV, 7.

(66) BALDE, *ibid.*, sur la loi « *Jusjurandum* » Dig. XII, 2.

moral. Il marque l'aboutissement des études qui ont cherché à établir dans quelle mesure la faute enlève le droit d'accuser. Celui qui est coupable d'une faute moindre peut accuser par voie d'action ; il peut opposer un crime plus grand ou égal par voie d'exception. La maxime *in pari causa* pouvant assez bien servir à exprimer tous ces résultats, les auteurs, notamment Dynus (67), Bartole (68), Francus (69), l'ont prise dans ce sens. Sous cet aspect, elle a passé dans le « *Sexte* » et elle est devenue une des règles du droit canonique (70). On l'a étendue à des hypothèses de fautes purement civiles, de dol, et elle se rapproche alors beaucoup de la règle *Nemo auditur*. Mais son esprit demeure différent, elle est *pénale, procédurale*; sa portée est autre : elle vise des délits connexes, des fautes différentes commises à propos du même contrat, tandis que la maxime *Nemo auditur* vise les conséquences de la même faute pour les co-contratants qui l'ont commise (71).

27. La confiscation limite également l'emploi de la maxime *Nemo auditur*. Les textes, ici, sont obscurs et leur interprétation, malaisée. Il semblerait s'en dégager que le Moyen-Age a volontiers recouru à ce procédé fiscal, comme y recouraient les juristes des

(67) DYNUS, ouvr. cité, sur la règle 65.

(68) BARTOLE, ouvr. cité, sur le frag. « *Viro atque uxore* », Dig. XXIV, 3, 39.

(69) FRANCUS « *In sextum decretalium* », 1547, règle 65.

(70) « *Liber sextus decretalium* » V., 12, règle 65.

(71) Nul doute qu'on ne passât très facilement de l'un à l'autre adage et que ces limitations ne fussent guère respectées. La tradition y poussait. Ainsi, on expose les règles du gage donné pour un contrat illicite à propos de l'explication du titre « *de conditione ob turpem causam* » qui renferme la maxime *in pari causa*. Inversement, BALDE donne à propos de la règle *Nemo auditur*, trois distinctions, qui sont celles de la maxime *in pari* (sur la loi 5, Code VII, 8).

pays de coutumes (72). Pour le stuprum commis par une « *matrona* », l'argent donné était confisqué, sans doute par opposition au cas de la mérétrice (73). Il en était de même pour la dot donnée en vue d'un mariage incestueux qui a été consommé (74).

§ 3. — *L'adage Nemo auditor chez les Juriconsultes de la Renaissance*

28. *Les théories d'Alciat.* — 29. *Les théories de Favre.* — 30. *Evolution de la maxime Nemo auditor : elle devient une règle de protection de l'intérêt public.* — 31. *L'adage dans ses rapports avec la théorie de la cause.*

28. La tradition de la maxime *Nemo auditor* était formée et se maintint quelque temps, sans changement considérable (75). On la voit exposée au xv^e siècle par le Panormitain; au xvi^e, par Dumoulin (76) et Alciat; au xvii^e, par Favre.

La théorie du Panormitain retient peu l'attention (77). Reprenant les nombreuses exceptions déjà admises, il écarte la règle du *forum conscientiae* (78),

(72) Ainsi la glose ordinaire (à propos de la loi « *Cum te* » Code IV, 7) paraîtrait l'admettre d'une façon générale. Ce serait une erreur d'interpréter strictement ce texte; cette affirmation doit être restreinte à l'hypothèse de la loi « *Cum te* ».

(73) AZON, *ibid.*, sur la loi « *Mercatem* », Code IV, 7; P. DE CASTRE sur le frag. 1, Dig. XII, 5; PANORMITAIN, sur le c. 8, *Décr. Greg.* IX, III, 49.

(74) YVES DE CHARTRES « *Panormia* » (Patr. lat. Migne t. 161), livr. V, 57; BARTOLE sur le frag. 5, Dig. XII, 7; BOEVIVS « *Decisiones senatus Burdigalensis* », Francfort, 1665, décision 264, n° 13. — Plus tard, FAVRE proposera la répétition : « *Codex fabrianus...* » Lyon, Cardon, 1606, VI, 7, 2.

(75) ALCIAT dit lui-même : « *traditum est pro regula...* », sur le frag. 30, Code II, 4.

(76) DUMOULIN « *Œuvres* », Paris, 1658 : *Commentaires sur la coutume de Paris*, titre I, 23, v° « droit de relief » n° 55.

(77) Elle est exposée dans son commentaire du c. 8, *Décr. Greg.* IX, III, 8.

(78) Sur le c. 26, *Décr. Greg.* IX, IV, 1 : *in foro animae creditur de omnibus confitentis, etiam si allegat turpitudinem...*

où l'on croit toujours à n'importe quel aveu, il l'écarte au cas où l'on veut *desistere peccato* (79), et « *favore ecclesiae* », « *favore libertatis* », enfin au cas de « *periculum animae* » (80).

L'exposé d'Alciat est beaucoup plus précis et plus neuf. Il essaye de résoudre d'une façon originale le problème des limitations de la maxime. Il la repousse quand elle est alléguée au détriment de celui qui l'invoque, quand le demandeur vise à éviter une perte, tandis que le défendeur entend réaliser un gain, quand la fraude a déjà été découverte, au cas de dol mutuel et d'acte « *celebratus contra legem* » (81). L'impression qui ressort de cette énumération est que la maxime a un aspect beaucoup moins étroit, moins procédurier que dans les œuvres de Bartole et de Balde. Pour qu'on ait pu songer à l'invoquer au cas de dol mutuel, il faut que le juge envisage la turpitude du demandeur d'une façon large, et non pas d'après les termes de l'*intentio*. On ne pourrait admettre autrement que celui qui allègue le dol d'autrui, sans parler du sien, invoque « *sa* » turpitude. Mais la partie la plus intéressante de la théorie, il est vrai qu'elle est la plus obscure, est la dernière exception. Alciat veut la rendre assez large pour comprendre tous les intérêts supérieurs dont on ne peut se résoudre à faire abstraction, ceux que ses prédécesseurs s'efforçaient d'exposer au hasard de vagues appellations : *periculum animae*, *favore libertatis*, etc. Si l'acte est purement

(79) Sur le c. *Ex. diligenti*, *Décr. Greg. IX*, V, 3 ; sur le c. *Præterea de muliere*, *ibid.*, IV, 1.

(80) Sur le c. 8, *ibid.*, III, 29 ; sur le c. 8, *ibid.* III, 8.

(81) ALCIAT, *ouvr. cité.* sur la loi 30, Code II, 4.

formel : « *celebratus contra legem* », plus généralement, si la loi ne s'attache pas à l'acte de volonté du coupable : « *et idem generaliter in his in quibus lex ad allegantis voluntatem non attendit* », le demandeur ne peut être écarté dans l'aveu de ses fautes, parce que l'acte est nul pour l'intérêt de l'Etat, plus que pour l'immoralité commise : « *actus sit nullus favore publico* ». Ce serait lui permettre de confirmer ce qui n'est pas en son pouvoir : « *non enim haec ab allegantis potestate pendent* ». Evidemment, on ne trouve pas encore le critérium qui permettra de voir quand l'acte est nul « *favore publico* », mais il y a, dans ces quelques lignes, au moins le fondement et la méthode d'une recherche.

29. Si intéressante que soit la théorie de Favre (82), il ira moins loin, semble-t-il, dans son étude. Il distingue l'acte « honteux » qui viole les bonnes mœurs, de l'acte « injuste » qui viole le *jus* et les *leges*. La maxime serait appliquée seulement pour la première catégorie. Favre accepte donc la distinction de l'immoral et de l'illicite (83).

30. A ce moment, d'ailleurs, la maxime suivait déjà un autre cours. La renaissance des études de droit romain avait changé sa destinée. L'exégèse des textes, notamment ceux du titre « *de condictione ob turpem causam* » remit en grand honneur non pas seulement la pensée du Digeste, mais la théorie qu'avaient cons-

(82) FAVRE, « *Rationalia in Pandectas* », Lyon, Cardon, 1604, sur le frag. « *Alias autem* » Dig. XII, 2.

(83) Ibid, sur le frag. « *Omne quod* » Dig. XII, 5 ; cf. DUMOULIN, sur le Code, IV, 7, qui semble partager cette opinion.

truite Paul et Ulpien (84). Les romanistes du xvi^e siècle contribuèrent, pour une bonne part, à accentuer cette idée qu'il n'y a dans la théorie de la turpitude en droit romain qu'une faveur faite à la possession, après une fin de non-recevoir brutale accueillant tout plaideur malhonnête.

Cujas insiste sur cette pensée : même si l'on écarte la stipulation, la turpitude de l'acte demeure, et c'est elle qui empêche la répétition (85). Doneau (86) remarque qu'on ne s'attache pas à savoir s'il y a un accusé, un possesseur, mais seulement si le demandeur a un droit. Par ce détour, il arrive, au fond, à légitimer toute possession, et même toute détention. Qu'importe l'immoralité de celui qui est accusé, son absence de droit, si le demandeur n'en a aucun à faire valoir ? On ne regarde plus si, en équité, sa demande se justifie, si ses intentions sont droites (l'hypothèse de l'*allegans contra se*), si la défense n'est pas frauduleuse. Plus que jamais, la théorie de la turpitude prend un *aspect rigide et absolu*. Un canoniste, Damasus, en déduit des conséquences qu'Ulpien n'avait pas tirées, bien plus, contraires à celles du juriste romain : si le demandeur est possesseur, c'est lui qui est préféré (87). C'est seulement au cas de *turpitude solius accipientis* qu'une raison plus morale motive

(84) Le système romain est exposé, outre les auteurs cités plus loin, par OTHMAN « *Œuvres* », 1599, sur le Code IV, 7 ; par Duaren « *Œuvres* », 1608, sur le même titre du Code.

(85) CUJAS « *Œuvres* », Lyon, 1614, sur la loi « *Si ob turpem causam* » Dig. XII, 5 : *pristina causa est turpitude... non aboletur et hæc inhibet conditionem*.

(86) DONEAU « *Œuvres* », Florence, 1841, sur la loi 5, Code IV, 7.

(87) DAMASUS « *Burchardica...* » Lyon, Rouille, 1565, règle 121.

la décision juridique : on écarte le demandeur pour que son dol ne lui profite pas (88).

Il en résulte que la maxime *in pari causa* perd le sens qu'elle avait eu chez les canonistes du xiv^e siècle et retrouve celui que lui avaient donné les jurisconsultes de Rome (89). Et la maxime *Nemo auditur* se fond avec elle lentement. Favre les distingue encore l'une et l'autre (90). Damasus les sépare beaucoup moins. L'adage *Nemo auditur* n'est pour lui que secondaire ; il est employé pour les hypothèses non-contractuelles (91) ; il est limité par l'*in pari causa* dont il sert à traduire un des résultats (92). Au xviii^e siècle, on peut considérer la fusion des deux règles comme opérée (93).

La portée morale qui échappe à la maxime *Nemo auditur* passe à un adage voisin : *nemo ex suo delicto lucratur*, que naturellement on écarte dans l'hypothèse de *par causa* (94). La règle *Nemo ex suo delicto lucratur* sert surtout en deux cas : elle repousse le mari qui, après avoir tué sa femme, demande sa dot,

(88) DONEAU, *ibid.*, « *De Jure civili* » livre 14, c. 25. Cparer VINNIUS « *Partitionum juris civilis* » Lyon, 1748, livre 2, chap. 28.

(89) Cependant, DANTOINE « *Les règles du Droit Canon* » Lyon, 1720, sur la règle 65, interprète cet adage dans l'esprit des canonistes du XIV^e siècle.

(90) La maxime « *nemo auditur* » est étudiée par FAVRE sous le frag. 18 du Dig. XII, 2 ; la maxime « *in pari causa* » sous le frag. 3, Dig. XII, 5.

(91) DAMASUS, *ouvr. cité*, règle 121. — Cf aussi l'explication d'une règle voisine : règle 20 « *fraus et dolus nemini debent patrocinari* ».

(92) DAMASUS, *ibid.*, règle 121 — cf DONEAU, *ouvr. cité*, sur la loi 2 du Code IV, 7 : *in excipiendo. allegans auditur propter regulam in pari causa*.

(93) Les auteurs du 18^e s. PUFFENDORF, POTHIER emploient surtout l'expression « *in pari causa* ». La jurisprudence paraît avoir tendance à réserver l'expression *nemo auditur* aux cas où elle refuse l'admission à la preuve de la turpitude, par ex. pour les donations en pretium stupri. C'est aussi la distinction d'une canoniste du 17^e s., REIFFENSTUEL : « *Jus canonicum* », édit. Pelletier, Paris, Vivès, 1870, tome VII, règle 65. — A la fin du 18^e s., PRÉVOT DE LA JANES mêle intimement les 2 maximes : « *Les principes de la jurisprudence* » Paris, 1780, t. 2, n^o 595.

(94) DAMASUS, *ibid.*, sur la règle 20.

et l'*accipiens*, seul *turpis*, qui prétendrait rester en possession (95).

A mesure qu'il se dépouille de son contenu moral l'adage *in pari causa* devient une maxime d'intérêt public. Il y a, dans cette protection donnée à la possession, une arrière-pensée : on veut éviter de donner le moindre appui que ce soit aux coupables et surtout de les entraîner à l'accomplissement de leurs conventions. Doneau le dit très nettement. Si l'acte est accompli, mieux vaut laisser les choses en l'état que de donner une action pour répéter. La loi cherche à être le moins utile possible aux délinquants. Donner une action, c'est reconnaître un droit ; refuser une répétition, c'est seulement souffrir un fait ; au fond, le défendeur a la rétention, plutôt qu'un droit de rétention (96). — Si l'acte n'est pas encore accompli, il est temps d'agir. Faire répéter, c'est entraîner le défendeur au crime, pour peu qu'il soit cupide (97). On lui laisse donc, en sûreté, le bénéfice du contrat, sans qu'il ait à accomplir sa contre-prestation : son intérêt le sollicitera toujours à ne pas exécuter (98).

(95) Pour le premier cas, voir GODEFROY *De diversis regulis juris...* Genève, 1653, loi 134, commentant un arrêt de Paris du 10 avril 1603 ; CÚJAS, ouvr. cité, sur la même loi, Dig., titre « *de diversis regulis juris* » ; Pour le deuxième cas, voir supra note 88. OTHMAN, ouvr. cité, sur la même loi, emploie cette règle pour refuser l'*actio furti* au voleur ; LE CARON « *Pandectes du droit français* » Paris, 1637, livre IV, chap. 38, 77, s'en sert à propos de corruption du juge ; GODEFROY, *ibid.*, en matière de fraude paulienne ; CHASSENEUX, « *Consuetudines ducatus Burgundiae* », Lyon, 1552, « des droits et appartenances à gens mariez » v^o n'autres contraulx, pour les ventes « *A non domino* » — BARTOLE, sur le mot « *Si vir uxorem* » Dig. XXIV, 3, 10, et BALDE, sur le même mot, employaient déjà cette maxime pour la 1^{re} hypothèse citée au texte.

(96) DONEAU, ouvr. cité, *De jure civili*, liv. 14, c. 25 : « *hoc aequitas suadet et utilitas publica ut si quis accipit ut turpiter quid faceret, causa secuta, datum non reddat* ». De même FAVRE « *Rationalia...* » Dig. XII, 5, 3 auquel nous empruntons plusieurs expressions au texte.

(97) DONEAU, *ibid.*

(98) DONEAU, sur la loi 2, Code, IV, 7.

On se flatte, par cette tactique, d'empêcher les actes illicites.

31. Mais comment concilier cette violation de la foi du contrat avec la théorie de la cause, qui se généralise justement à cette époque (99) ? Le coupable n'a-t-il pas donné pour obtenir l'acte illicite, avec la condition sous-entendue qu'il répéterait, en cas d'inexécution ? Tiraqueau se borne à repousser la théorie de la cause, en face de la maxime *Nemo auditur* (100). Doneau expose mieux les raisons qui le convainquent : cette condition sous-entendue est nulle, car elle porte à pécher ; il ne faut lui reconnaître aucune efficacité (101).

§ 3. — L'adage *Nemo auditur* chez les Juristes et dans la pratique judiciaire du XVII^e et du XVIII^e siècle

32. Les réserves faites par les théologiens au sujet de la règle *Nemo auditur*. — **33.** Les théories de Grotius et Pothier. — **34.** Discredit de la règle *Nemo auditur* chez les auteurs du XVII^e et du XVIII^e siècle. — **35.** La pratique judiciaire. Ses principaux caractères. — **36.** Conclusion.

32 Contre cette argumentation, contre la prépondérance de l'Intérêt public sur l'Équité, toute une Ecole se levait bientôt. Elle entendait ne pas sacrifier les aspirations de la Justice, et faire respecter le contrat, fût-il illicite, parce qu'il était voulu.

(99) Sur le rôle de DONEAU, dans la théorie de la cause, cf H. CAPITANT, ouvr. cité, p. 147.

(100) TIRAQUEAU « *Tractatus varii* », Lyon, 1567 : le traité *Cessante causa, cessat effectus, Ita limitatio*.

(101) DONEAU, sur la loi 2, Code, IV, 7.

Les canonistes et théologiens n'avaient cessé de partager cet avis. Eux qui avaient peut-être trouvé la formule *Nemo auditur*, ils avaient été les premiers à l'abandonner et à la repousser de leurs Tribunaux. Au xvii^e siècle, au xviii^e, c'est dans les œuvres des théologiens qu'on retrouve les arguments les plus décisifs contre elle.

Pour eux, si l'acte n'est pas exécuté, il n'oblige à rien, qu'à rendre, mais cette affirmation d'un devoir de conscience (102) n'est déjà pas conciliable avec l'opinion de Doneau.

Quand l'acte a été accompli, il a, poursuivent les théologiens, une valeur qu'on ne peut méconnaître et qui crée d'autres devoirs de conscience : l'*accipiens turpis* peut retenir ce qu'il a reçu, et même, celui qui a promis ne doit-il pas satisfaire à ses engagements ? Medina ne le pense pas, quand l'objet du contrat est mauvais en soi ; mais lorsque l'acte est illicite, « en raison des circonstances de temps, de lieu, de personnes » (103), la chose vendue ne perd pas sa valeur et il faut exécuter sa promesse (104). Entre les deux catégories, il lui est d'ailleurs bien difficile de faire une distinction rigoureuse. Par exemple, l'acte de la métrétrie n'est pas mauvais en soi, mais par son mode (105). — Molina ne maintient pas cette limitation et, pour lui, tout acte illicite garde une valeur « *ratione delectationis.. aut laboris... aut periculi* »

(102) LESSIUS « *De justitia et jure libri IV* », Lyon, 1653, II, chap. 14, dub. 8 ; MOLINA « *De justitia et jure* », Cologne, tract. II, disp. 94.

(103) MEDINA « *De restitutione* », 1589, quest. 28.

(104) MEDINA, *ibid.*, quest. 24.

(105) MEDINA, *ibid.*, quest. 20.

(106). Et entraîné par la logique, il admet que la *copulatio* avec une mérétrice oblige à payer, même si l'on ne s'y est pas engagé, car il n'est pas d'usage que cela « se fasse gratis ». Et la *copulatio* avec une « *matrona* » mérite encore plus ! (107). — Lugo maintient cet avis : à la valeur de l'acte il suffit qu'on se dépouille de quelque chose que l'on pouvait garder (108). — Saint Alphonse de Liguori critique cet argument, mais non pas le résultat : pour lui, le droit naturel oblige à fournir la prestation promise, du moment que le co-contractant a accompli la sienne (109). — Lessius (110), Pirhing (111) acceptent quelques distinctions, à l'exemple de Medina ; mais c'est au bénéfice de la simonie, car Lessius, au moins, admet bien la valeur d'un jugement injuste, de la *copulatio* avec une *matrona* (112).

33. On retrouve les mêmes tendances chez les Jurisconsultes de l'Ecole du Droit Naturel. Grotius pense que le contrat illicite engendre des obligations valables. La promesse est viciieuse seulement en ce qu'elle est un appât au crime. Avant l'accomplissement de l'acte, son effet est donc paralysé. Mais, après, le vice qu'elle contient s'efface, et l'obligation reprend sa force (113). — Puffendorf se garde d'aller jusque-là.

(106) MOLINA, *ibidem*.

(107) MOLINA, *ibidem*.

(108) LUGO « *Disputationes de justitia et jure* », Venise, 1718, disp. 18, sect. 3.

(109) S. ALPHONSE DE LIGUORI « *Théologia moralis* », 1779, livre 3, tract V, chap. 3, dub. 1.

(110) LESSIUS, *ouvr. cité*, livre 2, chap. 14, dub. 8.

(111) PIRHING (auteur du XVII^e siècle) « *Jus canonicum...* », 1722, livre 5, titre 3, sect. 8. — Dans ce cas d'ailleurs la répétition sera unilatérale.

(112) LESSIUS, *ibid*.

(113) GROTIUS « *Le droit de la guerre et de la paix* », Trad. Barbeyrac, Bâle, 1768, livre II, ch. XI, 9, cf. la dub. précitée de Lessius.

Le consentement ne suffit pas : « il faut qu'il roule sur des choses indifférentes » (114). Comme Barbeyrac (115), il accepte cependant la maxime et la trouve équitable : c'est qu'il examine des hypothèses où les prestations ont été également accomplies par les parties.

La même réflexion s'impose au sujet de Pothier. On peut remarquer qu'il n'envisage que des cas où l'on a payé après le crime, et alors il a raison de faire observer que la théorie de la cause ne justifie pas une répétition et que les obligations de conscience coïncident jusqu'à un certain point avec l'état de fait (116). Mais en dehors de ces hypothèses, s'il maintient la règle *in pari causa*, c'est dans le domaine du droit. Dans le for de la conscience, il admet bien que le contrat illicite crée des obligations. le jeu oblige, en conscience, à accomplir les prestations promises (117), — celui qui a reçu pour mal faire garde l'obligation naturelle de rendre (118), — celui qui s'est enrichi sans cause à la suite d'un mandat illicite garde aussi le devoir moral de restituer (119).

34. Cette distinction entre le for intérieur et le for extérieur jette un certain discrédit sur la maxime. La réglementation des effets de la turpitude est écartée du domaine de la conscience par les théologiens (120)

(114) PUFFENDORF « *Le droit de la nature et des gens* », Trad. Barbeyrac. Bâle, 1750, tome 1, p. 469 et s.

(115) BARBEYRAC, note sur Puffendorf, ouvr. cité, p. 468.

(116) POTHIER « *Œuvres* », édit. Bugnet, Paris 1861, « *Traité des obligations* », n° 45. Cf. HENRYS « *Œuvres* », Paris, 1708, livre 4, ch. 6, qu. 47.

(117) POTHIER « *Traité du jeu* », n° 55.

(118) POTHIER « *Traité des obligations* », n° 45.

(119) POTHIER « *Traité du mandat* », n° 7.

(120) MEDINA, ouvr. cité, quest. 2 ; MOLINA, ouvr. cité, disp. 94 ; LESSIUS, ouvr. cité, dub. 8 ; PIRHING, *ibid.*, sect. 8, « *illa regula... procedit solum in foro externo in quo iudex in poenam delicti precipit...* ».

et de celui du droit naturel par les jurisconsultes (121). On n'y voit que des lois pénales, qui n'obligent pas avant la sentence portée (122), des mesures d'ordre pratique, édictées en haine du délit.

Les auteurs qui maintiennent la tradition romaine restent embarrassés pour justifier leur exposé. Favre remarque que si l'on n'avait pas fait exception pour le jeu, la réglementation habituelle, celle de la maxime, aurait laissé un bénéfice au gagnant coupable, ce qui est choquant (123). Voët préfère généraliser la confiscation ou faire rendre la somme litigieuse à la victime, quand c'est possible (124). Domat, dans quelques lignes obscures, paraît recourir à la même sanction et y ajoute d'autres peines (125), que propose aussi Rousseau de La Combe (126). Pothier, nous l'avons vu, maintient l'adage *in pari causa*, mais il le limite par des obligations naturelles qui le contredisent (127). On a l'impression qu'au xvii^e et au xviii^e siècle, la règle *in pari causa* a perdu beaucoup de son prestige. Les auteurs continuent à l'appliquer, sans conviction toutefois. Ils jugent cette solution injuste et ne le dissimulent pas (128).

35. C'est à la pratique que les théoriciens aban-

(121) POTHIER « *Traité du mandat* » n° 7. Cela peut se déduire à contrario encore de PUFFENDORF, ouvr. précit., p. 475 et de Barbeyrac, ibid., p. 468.

(122) PIRHING, ibid ; LESSIUS, ibid.

(123) FAVRE, ouvr. précit., sur le frag. 4. Dig. XI, 5.

(124) VOËT, ouvr. cit. sur le titre 5 du Dig., livre XII

(125) DOMAT « *Les loix civiles...* », Paris, 1777, livre 1, t. 18, sect. 4.

(126) « *Recueil de jurisprudence* » Paris 1757, 4^e édit.. v^o répétition. Pour lui, les peines ne s'ajoutent pas à la confiscation, mais au maintien des prestations ; FERRIÈRE « *Dictionnaire de droit et de pratique* » Paris, 1762, t. 2 v^o répétition de ce qui a été donné pour une cause injuste, admet le système romain, sans le critiquer.

(127) Voir ci-dessus, p. 63.

(128) POTHIER « *Traité des obligations* », n° 193.

donnent la maxime. Ce sont les décisions judiciaires qui l'utilisent le plus et qui constituent la véritable source traditionnelle de l'adage. Mieux que dans l'exposé du Digeste, on y retrouve les hypothèses actuelles et le point de départ de toute notre jurisprudence. Contentons-nous de mettre en lumière les points principaux qui nous ont paru se dégager de la lecture des recueils d'arrêts.

Au xviii^e siècle, les Tribunaux ont été partagés entre le désir très vif d'éviter des procès scandaleux et l'impossibilité de sacrifier certains intérêts supérieurs de l'ordre public. Ainsi pour les nullités de mariage, qu'elles proviennent soit de l'existence d'un lien précédent, soit de l'empêchement né de l'engagement dans les Ordres sacrés, il semble qu'on devrait écarter le coupable et le libérer de ses liens, après son aveu. Le Moyen-Age parlait dans ce cas de « *periculum animae* ». Et pourtant, que d'hésitations encore au xviii^e siècle ! Cochin avait beau dire « qu'on ne peut marier les parties par des fins de non-recevoir », on ne donna pas raison à ses arguments. Et d'Aguesseau, lui-même, affirma qu'il serait bien difficile d'établir une règle générale (129).

A plus forte raison, accueillit-on avec difficulté celui qui n'alléguait qu'un intérêt pécuniaire pour faire rescinder une obligation illicite. Le cas s'est présenté fréquemment pour les donations en pretium stupri ou les successions laissées aux concubines, car on n'admettait pas que la concubine pût être instituée

(129) D'après MERLIN « Répertoire universel et raisonné de jurisprudence », Paris, Garnery, 1828, 5^e éd. v^o mariage. POTIER n'admettait pas ici l'application de la maxime : « Contrat de mariage », n^o 443.

héritière, surtout si son complice était adultère (130). Le donateur ou les héritiers évincés pouvaient-ils en conséquence alléguer cette nullité ? Pouvaient-ils agir en répétition ? Il semble que l'héritier, n'ayant pas participé à la turpitude, aurait pu facilement être écouté et reçu à prouver la simulation. La jurisprudence paraît avoir été bien incertaine, tant elle tenait à éviter les scandales.

Si le concubinage adultère avait déjà été révélé et que l'époux trompé eût déjà déposé une plainte, on pouvait suivre le procès et en tirer les conséquences civiles. Mais, si aucune plainte n'avait été portée... ? Ricard appliquait la maxime (131), mais les Tribunaux étaient plus larges et trouvaient moins grave d'accepter la preuve du concubinage simplement pour en tirer des effets civils que pour lui faire produire des conséquences pénales. Ils admettaient les héritiers à la preuve de la cause illicite (132). Ils étaient guidés par cette raison que le concubinage serait favorisé si l'on maintenait les prestations. « Il y a moins d'inconvénients à permettre que l'héritier pût remuer l'honneur du défunt que de tolérer de telles donations » (133), à plus forte raison, de les faire exécuter. Souvent des raisons de fait pouvaient

(130) BOURJON « *Le droit commun de la France...* » Paris, 1747, titre 4, chap. 2. — MORNAC « *Observationes...* » Paris, 1654, sur le frag. V, Dig. XXXIX, 5.

(131) RICARD « *Traité des donations entre vifs et testamentaires* », Paris 1692, 1^{re} part., ch. 3, sect. 8.

(132) BRILLON « *Dictionnaire des arrêts...* » Paris, 1727, v^o concubinage, cite des arrêts dans les deux sens ; LOUET « *Recueil d'aucuns notables arrêts...* » Paris, 1644, lettre D (du fait d'adultère reçu pour annuler une donation), n^o 43, cite un arrêt du 6 avril 1599, qui autorise la preuve ; DENISART « *Collection de décisions nouvelles* », Paris, 1777, GUYOT « *Répertoire* », Paris 1784, donnent, v^o concubinage, des arrêts dans les deux sens.

(133) LOUET, *ibidem*.

intervenir : si le concubinage était peu vraisemblable, la preuve était refusée (134).

Un autre caractère important de la Jurisprudence du XVIII^e siècle est qu'elle usait de sanctions très souples et très variées qui lui permettaient d'adapter aux situations les conséquences à tirer de l'acte illicite. S'agissait-il d'argent versé pour empêcher une surenchère ? Depuis une longue tradition (135), les Tribunaux faisaient restituer l'argent aux créanciers frustrés (136). S'agissait-il d'un acte simoniaque ? L'Eglise victime recevait le prix de cet acte (137). La confiscation et les peines rattachées (versements d'aumônes) jouaient un grand rôle pour les procès de corruption de fonctionnaires (138), quelquefois pour les donations en *pretium stupri* (139). La répétition était admise en certains cas d'*utriusque turpitude* : versement pour l'impunité d'un délit (140) ; le refus d'action, pour certains procès de corruption (141).

La Jurisprudence se montrait novatrice dans cette application de la sanction et ce serait une erreur de croire qu'elle s'arrêta dans une aveugle observation des traditions romaines. Contrairement aux règles du

(134) Ainsi se concilient les arrêts cités par BONIFACE « Arrêts notables... », Lyon 1708, livre 4, t. 4, ch. 1.

(135) Tradition déjà connue par le « livre de Jostice et de Plet », livre 3, titre 4.

(136) CHARONDAS LE CARON « Réponses et décisions du droit françois ». Paris, 1612, livre 4, rép. 81, citant un arrêt du 26 novembre 1569.

(137) GUY PAPE « La jurisprudence... de GUY PAPE », Chorier, Grenoble, 1769, livre 1, sect. 8, art. 10.

(138) BRILLON, ouv. cité, v^o Juges, rapportant un arrêt du 3 juin 1494 ; cf. l'arrêt du Parlement de Paris, 26 février 1774, rendu dans le célèbre procès de Beaumarchais et Goezman : « Mémoires de Beaumarchais dans l'affaire Goezman », Paris, Garnier, 1859, p. 403.

(139) RICARD, ouv. cité, ibid., citant un arrêt du 6 avril 1856.

(140) BONIFACE, ouv. cité, livre I, chap. 15, citant un arrêt du 16 février 1647.

(141) LE CARON, Annotation sur la « Somme rurale » de Bouteiller, titre 61 ; MORNAC, ouv. cité, sur la loi 164, Dig. L. 17.

Digeste, la répétition était le plus souvent remplacée par le refus d'action, en matière de jeu (142). Au contraire, la répétition, la confiscation étaient admises en quelques cas d'*utriusque turpitude*, comme nous venons de le voir.

Enfin, le droit des personnes, plus nuancé que le nôtre, permettait une large sanction contre les « personnes honteuses ». Elles étaient irrecevables en justice pour tous les actes touchant à l'immoralité de leur condition (143). C'était plus que le mépris, c'était la mise hors la loi ; la vilité de leur état les excluait du cercle des relations juridiques. Notre jurisprudence n'oubliera pas ce précédent de l'Ancien Droit.

36. En somme, la Tradition de la maxime est troublante, confuse. Il y a d'abord les textes du droit romain, déformés par les interprètes : on y voit une justification d'une mise hors la loi consécutive à tout acte honteux. Mais cette mise hors la loi peut avoir deux fondements différents : l'indignité ou l'intérêt de l'Etat.

Il y a ensuite la tradition médiévale, l'idée seulement aperçue par le droit romain, qu'on ne peut faire sa condition meilleure à la suite d'un délit. Mais cette tradition, elle aussi, repose sur deux principes : on peut y voir un moyen de protéger la nullité, ou un moyen d'éviter un règlement injuste des actes illicites.

(142) POTHIER « *Contrat de jeu* », n° 55, admet le refus d'action. — DUMOULIN admettait la répétition, ouvr. cité, sur le Code IV, 7.

(143) BONIFACE, ouvr. cité, liv. 1, 6, chap. 10 et l. 4, 3, ch. 16 montre par plusieurs arrêts qu'on ne leur accordait pas l'action de stupre. — MORNAC, ouvr. cité, sur le Dig. XII, 5, 4, leur refuse nettement le droit de réclamer le prix du stupre.

Il y a enfin la tradition de la pratique du xviii^e siècle. Pas de règles à priori. On considère chaque série de cas illicites à part et, selon le but auquel doit répondre la réglementation, on accepte ou non la maxime.

En présence de ces divergences, il faut conclure que parler de la valeur traditionnelle de la règle *Nemo auditur* est un argument boiteux. Il suffit de voir combien notre jurisprudence a évolué depuis le Code civil. L'adage est en relation avec des conceptions, des nuances morales, comme le repentir, avec l'idée qu'on se fait des droits de l'Etat, avec les procédés de sanction utilisés. Il est très instable, sous sa formule toujours identique et il ne sert à rien d'assembler les témoignages d'Ulpien, de Balde, de Pothier. Il faut d'abord savoir s'ils entendent la maxime dans le même sens.

Il n'en est pas ainsi, et c'est ce qui fait douter de la valeur de cette tradition, en tant que source juridique, ou oblige à faire quelques distinctions à ce point de vue. Seule, la doctrine des Tribunaux du xviii^e siècle a eu un véritable rôle d'initiation, a été une véritable source indépendante. Pour le reste, ce qu'il y a de plus stable dans le legs du passé consiste dans certaines règles d'application, comme le droit d'alléguer sa turpitude par exception. L'essentiel, la conception même de l'adage, ayant varié sans cesse chez les auteurs du droit romain et de l'Ancien Droit, on ne peut trouver dans leurs théories que des principes de solution pour éclairer la libre recherche scientifique, mais rien qui s'impose à l'interprète, avec une autorité indiscutable.

CHAPITRE II

La Loi

§ 1. *Les Travaux Préparatoires et les textes du Code Civil.* — § 2. *Les lois postérieures.* — § 3. *Les conditions générales de l'application de la maxime.* — § 4. *La valeur juridique des formules employées par le Code.*

§ 1. — Les Travaux préparatoires et les textes du Code civil.

37. *La discussion des textes réglant les nullités de mariage.* — **38.** *La discussion des textes réglant la nullité des contrats ordinaires.* — **39.** *La discussion de l'article 1967.* — **40.** *Rôle que les Rédacteurs ont voulu laisser aux maximes traditionnelles.*

37. Il est une question qui se pose au sujet de toute tradition de l'Ancien Droit : a-t-elle été maintenue ou abrogée par la codification de 1804 ? Nous vivons sous le régime de la prépondérance de la loi écrite. Si l'on peut déduire du texte, à défaut des paroles des Rédacteurs, la volonté d'abroger la maxime, il faut quitter la discussion ou la reprendre sur un ter-

rain beaucoup plus restreint, en tout cas, ne plus songer à l'autorité traditionnelle de la règle.

Un point est tout de suite acquis : le Code n'a pas parlé de la maxime *in terminis*. Ce n'est que par l'exégèse des textes, éclairée par l'examen des Travaux préparatoires, que l'on a chance de résoudre la difficulté.

L'adage a été discuté expressément par les Rédacteurs du Code Civil, au sujet des nullités de mariage (1). A plusieurs reprises, on a agité, au Conseil d'Etat, la question de savoir s'il convenait de donner cette action en nullité à celui qui a, par sa faute, provoqué le vice de l'acte : au bigame remarié, au condamné à la mort civile, à l'enfant marié sans le consentement de ses parents. Chaque fois, il s'est trouvé quelqu'un pour suggérer l'emploi de l'adage; deux fois, notre maxime a été mentionnée (2). On ne dit pas qu'elle est écrite dans la loi; mais on y voit un « principe » (3) qui permet d'écarter « un infâme sacrilège » (4) ou une « inconvenance » (5). On n'a pas finalement donné raison à cette argumentation ; mais dans les trois hypothèses indiquées, on ne l'a repoussée que pour des motifs d'espèces, jamais pour une question de principe, qu'on pourrait généraliser. La maxime aurait été peu favorable à la puissance paternelle (6) ; elle aurait trop « resserré la nul-

(1) Un Tribunal paraît croire le contraire : Vervins 21 juillet 1911, sous Amiens, 1^{er} avril 1912, *Gaz. Pal.* 1912. 2. 136

(2) FÉNET « *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil* », Paris, 1817, tome 9, séance du 4 vendém., an X, p. 46 et s., et séance du 6 brumaire an X, p. 87. Cf. LOCRÉ « *Esprit du Code Civil tiré de la discussion* », Paris 1808, tome 3, p. 349.

(3) FÉNET, *ibid.* p. 87.

(4) FÉNET, *ibid.*, p. 49, séance du 5 vendémiaire.

(5) *Ibid.* p. 46, séance du 4 vendém.

(6) *Ibid.* p. 87. Paroles de Cambacérès.

lité » (7) en cas de bigamie ; elle aurait été contraire « aux principes adoptés sur la mort civile » (8). Si les Rédacteurs du Code avaient voulu repousser la Tradition, ils en avaient l'occasion ; il est étonnant qu'ils l'aient laissé échapper de parti pris.

38. Au sujet de l'article 1131, la maxime a été de nouveau invoquée. Un Tribunal faisait remarquer dans ses observations aux Rédacteurs du Code qu'il conviendrait d'insérer cette disposition puisée dans les lois romaines : « Si la cause blesse les bonnes mœurs de la part des deux parties, il n'y a lieu à répétition de ce qui a été donné » (9). Cette addition n'a pas été opérée, mais il est impossible, désormais, de croire que l'omission de l'adage résulte d'un oubli, qu'elle soit involontaire. Elle montre ou bien que les Rédacteurs ont refusé d'accepter cette solution, ou bien qu'ils l'ont acceptée comme sous-entendue, ou bien qu'ils n'ont pas jugé utile d'en faire une disposition expresse. Le texte de l'article 1131 permet-il de découvrir quelle est, de ces trois hypothèses, la plus vraisemblable ?

Faisons abstraction de toute idée préconçue, et, pour nous éclairer, reprenons le texte du projet. L'art. 1131 en était l'art. 30. Si on le rapproche de l'art. 29, on voit qu'il n'a pas été écrit pour régler la question de répétition. L'art. 29 énonce qu'« il est libre aux parties de faire entre elles toutes les conventions qu'elles jugent à propos, pourvu que la

(7) FENET, *ibid.*, p. 46. Paroles de Bigot-Préameneu.

(8) FENET, *ibid.* p. 49. Paroles de Regnaud.

(9) Observations du Trib. de Grenoble. FENET, t. 3 p. 558.

convention n'ait pas une cause illicite » (10); et l'art. 30 continue : « la cause illicite annule la convention » (11) ; c'est dire que celle-ci n'oblige pas.

On comprend que les Rédacteurs du Code aient jugé bon d'affirmer très nettement cette absence d'effets, car nous avons vu qu'au XVIII^e siècle, plusieurs auteurs réputés avaient émis l'opinion contraire et avaient été assez suivis. Voilà la question actuelle alors, celle qui préoccupait les Rédacteurs et qu'ils ont songé à résoudre — et non pas la question de répétition.

Devant le Tribunal, on a voulu resserrer la rédaction et l'on a réuni dans la même disposition la cause illicite et la cause inexistante : « L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite est nulle » (12). Ce n'est qu'un accident de rédaction. Le rapporteur Favart n'a rien dit au sujet de la répétition. Il s'attache seulement à montrer que « les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » afin qu'« il n'y ait plus d'incertitude sur ce principe » (13). Il est naturel qu'il continue la discussion en déclarant que les conventions illicites sont exceptées : « La loi leur refuse toute existence qui puisse produire un effet » (14), ce qui donna lieu à la rédaction actuelle. La genèse du texte de l'art. 1131 nous semble donc prouver qu'il n'est édicté qu'en vue d'un contrat non exécuté, dont il s'agit d'empêcher

(10) FENET, ouvr. cité, t. 13, p. 8. (Projet présenté au Conseil d'Etat, le 11 brumaire an XII).

(11) Ibid.

(12) Ibidem p. 124. Séance du 16 frimaire an XII, à propos de l'art. 32.

(13) LOCRÉ « La législation de la France », Paris, 1828, t. 12, p. 429 et s. Séance du 13 pluviôse an XII, rapport de Favart.

(14) LOCRÉ, ibidem, p. 429.

l'effet. Ses rédacteurs ont songé aux théories qui avaient cours sur l'existence de l'obligation illicite, et non pas au problème de la maxime *Nemo auditur*.

39. Le Code s'est arrêté expressément sur les conséquences d'un contrat illicite exécuté, le jeu. Il a considéré cette opération comme contraire à la loi, en se préoccupant simplement du règlement de ses conséquences civiles. Or, telle était l'emprise des théories en vogue, que, par exception, les Rédacteurs ont reconnu l'existence de cet acte illicite et qu'ils ont jugé nécessaire, dans l'article 1965, de refuser expressément toute action pour son exécution (15). La sanction devait-elle aller plus loin, motiver la répétition ? Ils ne l'ont pas cru. De là, l'art. 1967. On ne doit pas interpréter cette disposition par rapport à la maxime, en y voyant une application générale ou l'admission exceptionnelle de l'adage. En réalité, les Rédacteurs se sont préoccupés d'affirmer nettement ici le refus de répétition, parce que *le droit romain, une partie de l'Ancien Droit avaient admis une autre solution et qu'elle aurait pu faire doute, après l'intention de répression que prouve l'art. 1965*. C'est pour cette raison qu'ils ont multiplié les motifs de l'art. 1967 : indignité du demandeur, obligation naturelle... (16).

(15) LOCRÉ « *La législation civile et commerciale de la France* ». Paris, 1828, t. 15, p. 136. Séance du 17 ventôse an XII. Rapport de Siméon au Tribunat « Le Code ne s'occupe que de la question civile, s'il y a action pour le paiement ».

(16) LOCRÉ, *ibid.*, p. 175, séance du 14 vent. an XII : Exposé des motifs par PORTALIS ; *ibid.*, p. 187, séance du 17 ventôse an XII : Rapport au Tribunat par Siméon ; *ibid.* p. 200, séance du 19 ventôse : Discours de Duveyrier au Corps Législatif.

40. En résumé, voici ce qu'on sait de certain. Les Rédacteurs du Code ont connu l'adage. S'ils l'ont repoussé parfois, ils l'ont fait explicitement et pour des motifs particuliers (nullités de mariage). En cette matière, quand ils ont repoussé la tradition, ils ont tenu à le dire (art. 1967). Mais cela est déjà intéressant à noter. Comment admettre ensuite, en se fondant simplement sur la formule de l'art. 1131, interprétée isolément de son contexte, que, lorsqu'ils en sont venus à la disposition capitale, ils ont écarté la maxime d'une façon tacite, sans que rien ne le décèle dans les Travaux Préparatoires (17) ?

On dira : si l'on a admis la règle *Nemo auditur*, pourquoi n'a-t-on pas suivi la suggestion du Tribunal de Grenoble, en l'insérant dans l'art. 1131 ? Idée moderne, de supposer que les Rédacteurs ont eu l'intention de tout dire et qu'ils ont écarté tout ce qu'ils n'ont pas écrit (18). Le discours de Portalis prouve qu'ils étaient loin de partager cette mentalité : « Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre » (19). Au lieu d'exclure toute autre source juridique, ils accueillaient avec bienveillance « le dépôt de maximes » qui se forment « chez toutes les nations policées » (20).

(17) M. RAYNAL, note au D 1904. 2. 449, conclut, au contraire, que le silence du Code suppose l'abrogation de l'adage. Cela nous paraît contraire aux Travaux Préparatoires, à l'idée que les Rédacteurs se sont faite de leur mission. En ce sens : DUBOIS, note au S. 74. 1. 241 ; AUBRY et RAU « Cours de droit civil... », Paris, 1871, n° 442 bis ; PONT « Contrats aléatoires », Paris, p. 336 ; CAPITANT, ouvr. cité p. 248 et 249 ; NAQUET, note au S. 1913. 1. 297 ; cf. en outre les auteurs du début du XIX^e s., cités plus loin. — *Contra* : notamment, BRISSAUD « De la notion de cause... », thèse Bordeaux, 1879, p. 173.

(18) C'est l'avis de M. WAGNER, ouvr. cité, p. 50.

(19) Discours de PORTALIS (FENET, ouvr. cité, t. 1 p. 467). Cf. M. PERREAU « Technique de la jurisprudence... », Paris, 1923, p. 114 t. 1.

(20) PORTALIS, *ibid.* (FENET, p. 470).

Au fond, ils leur réservaient un rôle particulier dans le droit : elles servent à formuler des *principes généraux*, auxquels on peut échapper, quand leurs résultats seraient funestes. Un texte est *plus rigide*, plus absolu et ne permet pas autant de liberté. Cambacérès a fait allusion à ce rôle à propos des nullités de mariage. Il y a dans cette matière un ensemble de questions très complexes qui relèvent de l'équité et des faits, et il serait bon, dit-il, d'abandonner leur solution aux Tribunaux (21). Qu'est-ce à dire, sinon ceci : une maxime, un juge qui l'applique, une tradition qui le limite valent mieux pour nuancer cette réglementation que la loi écrite. En n'adoptant pas la suggestion du Tribunal de Grenoble, les Rédacteur du Code Civil semblent avoir partagé cet avis de Cambacérès.

§ 2. — *Les Lois postérieures.*

41. La discussion de l'article 180 du Code Pénal. — **42.** L'article 598 du Code de Commerce. — **43.** La loi du 27 février 1912.

41. Quelques années plus tard, la question de la maxime se posa de nouveau, à propos de la rédaction du Code Pénal, au sujet de la corruption de fonctionnaires. Laisserait-on le prix de l'acte aux mains du corrompu ? le rendrait-on au corrupteur ? L'art. 180 s'exprime ainsi : « Il ne sera jamais fait au corrupteur restitution des choses par lui livrées ou de

(21) FENET, *ouvr. cité*, t. 9, p. 49. Séance du 5 vendém. an X : « le Consul Cambacérès dit que cette discussion amène une observation générale (à propos des nullités de mariage) ; ne serait-il pas avantageux de laisser tous ces points à l'arbitrage du juge ? ».

leur valeur ; elles seront confisquées ». Quelques auteurs (22) ont voulu voir , dans cette rédaction, un rappel mal exprimé de la maxime. Si on se reporte à l'art. 180, on demeure convaincu plutôt qu'à défaut de décision expresse, la répétition se serait imposée (23). Mais l'on ne doit pas s'en étonner si on se rappelle la tradition. Elle était hésitante entre la confiscation et la répétition. Le but des Rédacteurs a été d'écarter définitivement la deuxième solution, qui constituait une exception traditionnelle à la maxime. C'est une nouvelle preuve qu'en ces questions les Codes n'ont pas innové, sans le dire expressément.

42. Lorsque la pratique eut donné lieu à un certain nombre d'applications de la maxime, une hypothèse sembla particulièrement dangereuse. Le failli qui conclut avec un créancier un traité particulier pour le décider au concordat, peut-il alléguer sa turpitude ? Si on lui refuse ce droit, on nuit gravement à l'intérêt des créanciers ; si on le lui accorde, on supprime la foi jurée au contrat. L'intérêt général du commerce indiquait comme préférable la première solution et un texte était peut-être inutile pour la rendre légale. En présence des divergences des Tribunaux, on le crut cependant, et, en 1838, on fit adopter expressément dans une loi cet avis que la nullité existerait « même à l'égard du failli » (art. 598, Code de commerce). Cette exception témoigne en faveur de la

(22) M. DUPONT « *De la confiscation* », Paris, Thèse 1910, p. 49 ; et « *Répertoire... de droit français* » de Fuzier, Hermann, Carpentier, Frère-jouan-du-Saint, v^o corruption de fonctionnaires, n^o 193.

(23) Les motifs de l'art. 180 ne visent également que le corrupteur : « *Motifs du Code Pénal...* », Paris, 1810, p. 56.

maxime plus explicitement que l'art. 184 du Code Civil. Si le fait de conclure un contrat illicite ne rendait pas incapable d'invoquer sa nullité, cette parenthèse du texte aurait été inutile (24). La règle *Nemo auditur est sous-entendue par l'art. 598 du Code de Commerce*.

43. Mais l'apport des lois postérieures au Code est contradictoire, et une nouvelle loi, de 1912, vient peut-être détruire la valeur de l'art. 598. Elle a pour but la répression des fraudes fiscales. On sait que la pratique des contre-lettres en matière de ventes permet à l'acheteur d'échapper au paiement d'une partie des droits d'enregistrement. Déjà une loi du 22 frimaire an VII punissait ces dissimulations en annulant la contre-lettre. Le texte de cette loi (art. 40) ne disait rien de plus, et la Jurisprudence en avait pourtant déduit le droit pour l'acheteur de répéter la somme payée en sus du prix apparent (25). D'après l'opinion dominante (26), le Code abrogea cette disposition. Lorsque le Gouvernement voulut la reprendre, en 1871 (27), il dut retirer son projet en face de l'hostilité générale à la mesure. Même échec en 1875 (28). Ce n'est qu'en 1912 qu'il parvint à la faire adopter. Un article du projet de loi contenait un recours exprès

(24) RENOARD « *Traité des faillites* », Paris, 3^e éd., 1857, t. 2. p. 491, pense que cette solution avait besoin « pour prévaloir d'être écrite dans la loi » (RENOARD fut le rapporteur de la loi de 1838).

(25) Du moins, d'après M. ROUX, note au S. 1928. 1. 234. L'arrêt qu'il cite ne statue pas expressément dans ce sens, mais cette solution peut se déduire de sa décision.

(26) BUENOIR « *Propriété et Contrat* », Paris, 1900, p. 772 ; Projet de la loi de 1912, sous l'art. 5 (Doc. parl. 1911, annexe n° 1230, p. 666).

(27) BUENOIR, *ibid* ; E. BARTIN « *Théorie des contre lettres...* » Thèse, Paris, 1885. p. 163 ; Journ. off., 22 août 1871, p. 2646 et 2860.

(28) BUENOIR *ibid*.

à la répétition. Sur la remarque de M. Chéron, rapporteur, on la supprima comme inutile (29) : c'est une « des conséquences du principe posé. Elles se déduisent... et même elles ne sont pas les seules » (30). La loi fut votée sous cette rédaction et les Tribunaux n'ont guère hésité sur l'admission de la répétition. L'esprit de la loi était d'ailleurs évidemment dans ce sens.

L'art. 6 de la loi du 27 février 1912 admet tacitement la répétition ; l'art. 598 la repousse. Ces décisions sont-elles si contradictoires ? Il est possible de les concilier. De l'art. 598, il faut conclure que la maxime existe et aurait pu s'appliquer à l'hypothèse du traité particulier conclu par le failli. — De l'art. 6 de la loi de 1912, il faut conclure que la maxime n'avait pas à s'appliquer à la fraude fiscale ; elle aurait contredit le but visé par la loi. Et ainsi les lois postérieures s'harmonisent assez facilement avec les textes du Code. *La maxime existe en principe mais son application peut produire des résultats contraires au vœu de la loi, et alors elle s'efface d'elle-même.* Voilà la pensée réelle du Législateur, déduite des textes ; il s'est gardé de donner d'autres précisions.

(29) Au contraire, le texte proposé en 1871 mentionnait expressément la répétition et ne fut pas critiqué (art. 12 du projet), *Journ. Off.* du 25 août 1871, p. 2646.

(30) Rapport de M. Chéron, 12 juillet 1911. *Journ. Off. Doc. parl.*, 1911, annexe 1260, p. 749. C'est à l'art. 6 que se trouvait cette disposition qui a été supprimée.

§ 3. — *Les conditions générales de l'application
de la maxime.*

44. Application de la règle Nemo auditur dans ses rapports avec les principes généraux de droit et les conceptions morales en honneur sous l'Ancien Régime. — 45. Modifications qu'imposent les nouvelles théories constitutionnelles et l'évolution des mœurs.

44. La loi n'ayant pas repoussé la tradition, celle-ci a-t-elle conservé toute sa valeur dans notre droit moderne et s'impose-t-elle au juge ? Il est facile de se rendre compte que les principes de notre législation limitent la maxime dans un domaine beaucoup plus restreint que dans l'Ancien Droit. Les Rédacteurs du Code ont peut-être oublié cette vérité et, s'ils ont entendu conserver telle quelle la maxime, du fait qu'ils ne l'ont pas insérée dans un texte, ils ne l'ont pas protégée contre les déformations que l'évolution des mœurs et les nouvelles conceptions constitutionnelles allaient provoquer.

L'égalité juridique, la liberté des personnes étaient conçues autrement sous l'Ancien Droit. Il admettait l'existence de « personnes honteuses » auxquelles certains droits étaient déniés, d'une façon directe et positive. Il se faisait moins scrupule d'écarter les plaideurs pour de pures raisons morales. — D'autre part, les exigences de la décence semblaient portées très loin à l'égard de certaines causes, et nous avons vu des Tribunaux refuser délibérément d'entrer dans des procès qui risquaient de tourner au scandale. — Enfin, le juge jouissait d'une beaucoup plus grande liberté que de nos jours. Selon les besoins de l'équité,

il pouvait user de telle ou telle sanction et refuser tel ou tel droit. Sur lui, sans aucune limite, pesaient la charge et la responsabilité de l'interprétation de la maxime *Nemo auditur*.

45. Il n'en est plus ainsi de nos jours et les conditions constitutionnelles d'application de l'adage ont beaucoup changé. Notre Droit voit dans le texte une garantie précise contre l'arbitraire. Les exigences de la Morale, certes, n'en sont pas atteintes, mais, pour les satisfaire, on ne doit pas dépasser certaines limites. Le Tribunal peut poser quelques conditions morales pour la recevabilité de l'action, mais la notion de turpitude, en tant que peine personnelle, frappant quelqu'un dans sa situation juridique et la notion d'indignité, appliquée dans des conditions trop purement subjectives, doivent être repoussées comme illégales. On peut exiger de la décision judiciaire qu'elle soit susceptible de généralisation.

Le juge a vu son rôle atteint par l'application du principe de la séparation des pouvoirs. Il doit appliquer la loi strictement et, de toutes les sanctions, il ne dispose plus à son gré. Son pouvoir se balance entre la répétition et le maintien des prestations, tous deux procédés boiteux, en plus d'un cas.

Nos conceptions morales, enfin, ont évolué. Nous redoutons moins les procès scandaleux, s'ils sont le prix d'une meilleure justice. Ce mouvement a entraîné le Législateur qui accueille, de plus en plus, des demandes autrefois écartées, comme les actions en déclaration de paternité. Les Tribunaux ignorent de moins en moins l'existence juridique des concubines.

Croit-on que la maxime ait pu résister à ces tendances déformatrices ? Si la Loi et la Jurisprudence n'ont pas échappé à l'ambiance des mœurs, elle l'a subie, à plus forte raison, puisqu'elle contient l'expression d'un sentiment commun de morale ! Ainsi, plus que les Rédacteurs du Code ne le croyaient, la tâche des Tribunaux était importante. Il ne s'agissait pas seulement de *continuer l'œuvre de la Tradition*. C'était une réadaptation, une *organisation nouvelle de la maxime* qu'il fallait tenter. Cette élaboration de la Jurisprudence s'est faite, très naturellement, autour des textes légaux et l'on est encore amené à se demander si, à défaut de décisions formelles, ils pouvaient fournir au moins une formule qui aidât le travail des Tribunaux. Quand on considère l'apport de la loi, comme source juridique, la formule qu'elle emploie n'est pas négligeable, car elle peut commander toute une évolution de la Jurisprudence.

§ 4. — *La valeur juridique des formules employées par le Code.*

46. *L'interprétation des articles 1965-1967.* — 47. *L'interprétation de l'article 1131. Impossibilité d'une distinction rigoureuse entre les effets de la répétition et ceux de l'exécution du contrat.* — 48. *Conclusion. Imprécision de la formule de l'article 1131.*

46. On a d'abord édifié une doctrine autour des formules des art. 1965 et 1967. Le fondement de l'art. 1967 est discutable : obligation naturelle ou indignité du demandeur ? Les deux raisons ont agi simultanément sur l'esprit des Rédacteurs. La deuxième explication semblait être mieux en harmonie avec le fait que le jeu est un acte illicite, elle avait une

plus grande portée pratique. Aussi fut-elle adoptée dès la deuxième moitié du xix^e siècle (31). Il en est résulté qu'on a rattaché à la même idée l'art. 1967 et l'art. 1965. Ce sont, en deux articles, deux conséquences parallèles d'un principe : *on ne peut pas écouter en justice celui qui a commis quelque faute grave* : « L'art. 1967 refuse la répétition, comme l'art. 1965 refuse l'action... il y a, en effet, même indignité » (32). On ne regarde pas le but de la demande, on regarde la moralité du demandeur : il est repoussé dans tous les cas, parce que, dans tous les cas, il est indigne (33).

On a pu facilement en même temps élargir l'art. 1965 (34). Il vise dans l'esprit des Rédacteurs à empêcher le gagnant d'obtenir son paiement en justice. Ce refus d'agir se généralise et, autant que le comporte la définition de l'art. 1964, l'indignité s'étend à tous les complices. L'agent de change mandataire ne joue pas lui-même, mais il est indigne parce qu'il participe au jeu de son client (35). De même, le prêt-

(31) Req. 2 août 1859, D., 59, 1, 290 et S. 59, 2, 81 ; Marseille, 1^{er} mai 1863 : D., 66. 1. 387 et S., 67. 1. 24 ; Marseille, 21 janvier 1868, sous Aix, 5 juin 1868, D., 68, 2, 168 ; Rennes, 7 décembre 1882, S., 83, 2, 172 ; Cass. belg. 19 novembre 1891 : *Pand. franç.* 92. 5. 41.

(32) Civile, 1^{er} août 1859, D., 59, 1, 290 et S., 59, 1, 817.

(33) Paris, 16 mars 1882, D., 82, 2, 98. Dans ses conclusions, le Procureur Godard déclarait que, seul, l'art. 1967 était fondé sur l'indignité, l'art. 1965 n'étant que l'application de l'art. 1131. L'arrêt de Paris ne paraît pas l'avoir suivi.

(34) Cf. les formules très larges de l'arrêt précité de Paris, 16 mars 1882. Voir : M. JOSSERAND *Les mobiles dans les actes juridiques*, Paris, 1928, nos 155 et 156.

(35) Civile, 4 août 1824, et 11 août 1824 : S., 24, 1, 409 ; Bordeaux, 29 août 1828 : S., 29, 2, 70 ; Civile, 26 février 1845 : D., 45, 1, 101 ; Bordeaux, 3 février 1848 : D., 49, 2, 77 ; Paris, 16 juillet 1851 : D., 52, 2, 95 ; Req., 27 janv. 1852 : D., 52, 1, 291 ; Paris, 31 juillet 1852 : S., 52, 2, 690 ; Rouen, 9 février 1852 : D., 53. 2. 200 ; Bordeaux, 15 juin 1857 : D., 58, 2, 31 ; Req., 16 décembre 1879 : S., 81, 1, 421 ; Paris, 6 février 1882 : *Gaz. Pal.*, 1881-82, 2, 99 ; Paris, 1^{er} décembre 1882 : *Gaz. Pal.*, 1881-82, 1, 252 ; Rennes, 7 décembre 1882 précité ; Req., 16 février 1881 : S., 84, 1, 30.

teur (36), le tiers porteur (37), celui qui a transigé (38), ne peuvent faire valoir leurs droits. L'art 1965 supprime encore tout recours relatif au règlement de comptes (39), à la souscription d'actions d'une société de jeu (40), à l'exécution de cette société (41) ; il empêche le croupier, les exploitants d'avoir action pour leurs gains (42).

Grâce à la combinaison des deux articles 1965-1967, à l'emploi ingénieux de leur formule, on a ainsi, à propos du jeu, un faisceau de sanctions rigoureuses, par lesquelles on essaye de protéger la nullité, c'est-à-dire d'empêcher les actes de jeu de se multiplier. Dès 1885, ce système était complètement élaboré, et la Jurisprudence pouvait souhaiter de rattacher à l'art. 1965, plutôt qu'à l'art. 1131, le plus grand nombre possible d'actes illicites, afin de leur appliquer aisément toutes les sanctions prévues. Ainsi fit-on pour les opérations par coulissiers.

47. La formule de l'art. 1131 était moins heureuse. L'art. 1131, moins large que l'art. 1965, laisse à discuter le fondement sur lequel on pourra attaquer l'acte illicite et la sphère des actes que l'on pourra

(36) Douai, 8 août 1857 : D., 58, 2, 46 ; Req., 4 juillet 1892 : D., 92, 1, 500 ; Agen, 25 janvier 1909 : D., 1909, 2, 346 ; Paris, 8 février 1917 : D., 1919, 2, 17.

(37) Trib. de com. Seine, 3 avril 1906 : *Gaz. Pal.*, 1906, 2, 29.

(38) Toulouse, 30 juin 1874 : S., 75, 2, 20.

(39) Paris, 28 mars 1851 : D., 52, 2, 95.

(40) Req., 24 mai 1913 : S., 1913, 1, 555.

(41) Limoges, 12 décembre 1868 : D., 69, 2, 14 ; Trib. de la Seine, 2 juin 1922, *Gaz. Trib.*, 1922, 2, 662 (société formée à l'étranger).

(42) Trib. de la Seine, 15 mars 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 2, 147, et sur appel, Paris, 1^{er} avril 1895 : *Gaz. Pal.*, 95, 2, 158 ; Rouen, 17 mai 1905 : *Gaz. Pal.*, 1905, 2, 385. Quid du nantissement en matière de jeu ? Il se présente ici, sous un aspect particulier, voir *infra* p. 238.

atteindre (43). Mais surtout, il n'est pas suivi d'une disposition équivalente à l'art. 1967. De là, une jurisprudence plus laborieuse et plus subtile.

Aux termes de l'art 1131, l'obligation illicite ne peut avoir aucun effet. Que peut-on tirer de cette formule au sujet de la répétition ? Au premier abord, la conséquence paraît facile à déduire : l'exécution donne effet au contrat ; il faut faire rendre les prestations, et le contrat n'aura plus eu d'effets. La répétition semble s'imposer logiquement (44). Cette interprétation n'est-elle pas fortifiée par cette remarque

(43) M. SAVATIER *Des effets et de la sanction...* a montré que sa formule manquait de largeur : tout acte illicite n'a pas forcément une cause illicite. Cf. p. 341 de l'ouvr. de M. Savatier.

(44) Ainsi raisonnent : Req., 1^{er} août 1844, S., 44, 1, 582 ; Nantes, 23 juin 1845, S., 45. 4. 378 ; Limoges, 16 avril 1845 ; D. 46. 4. 191 et S., 46, 2, 465 ; Nîmes (Tribunal), sous Nîmes, 10 mai 1847, S., 48, 2, 147 ; Toulouse, 2 août 1882, D., 83, 2, 82 ; Caen, 18 janv. 1888, S., 90, 2, 97 (note Meynial) ; Trib. Emp. allem., 1^{er} décembre 1891, D., 93, 2, 12 ; Besançon, 6 mars 1895, D., 95, 2, 224 ; Trib. com. Seine, 13 déc 1897, *Gaz. Trib.*, 98, 1^{er} sem., 2, 298 ; Poitiers, 28 déc. 1896 ; *Pand. fr.*, 98, 2, 1 (note Charmont) ; Trib. com. de la Seine, 26 juillet 1894, *Pand. fr.*, 95, 2, 282 ; Rouen, 24 déc. 1901, D., 1902, 2, 398 ; Paris, 27 mars 1902, *Gaz. Trib.*, 1902, 2^e sem., 2, 132 ; Paris, 11 déc. 1903, S., 1905, 2, 133 ; Paris, 12 juin 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 133 ; Vervins, 21 juillet 1911, infirmé par Amiens, 1^{er} avril 1912, *Gaz. Pal.*, 12, 2, 136 ; Aix, 28 février 1923, *Gaz. Trib.*, 1923, 1, 759 ; T. de com. Seine, 25 mars 1924, sous Paris, 15 mai 1925, D. H., 1925, 502. — Pour les auteurs, cf. BRISAUD, *ouvr. préc.*, p. 171 ; MOURLON *Répétitions sur le Code civil*, Paris, 1877, 10^e éd., t. 2, p. 890 ; TIMBAL *De la cause dans les contrats*, Thèse Toulouse, 1882, p. 146 ; BAILLY *La nullité des opérations de Bourse...*, *Ann. Droit com.*, 1886, p. 220 et s. ; Meynial, note au S., 90, 2, 97 ; CAZAL, *Etude des actes simulés*, Thèse Montpellier, 1897 ; CHARMONT, *Peut-on répéter la somme...*, *Rev. crit.*, 1899, p. 76 et note précitée ; HÉMAR, *Des effets de complaisance*, Thèse Paris, 1900, p. 82, et *Théorie et pratique des nullités de sociétés*, Paris, 1926, 2^e éd., p. 80 ; VAGNER, thèse précitée p. 52 ; GEOUFFRE DE LAPRADELLE et LÉVY ULMANN, *Des négociations de valeurs...*, *Ann. de droit com.* 1896, p. 138 ; BUENOIR, *ouvr. cit.* p. 656 ; RAYNAL, note précitée ; BELDANT, *Cours de droit civil*, tome 1, p. 170 ; DEXANT, *De la simulation*, Thèse Bordeaux, 1909 ; M. P. note au D., 1911, 1, 382 ; GEORGEON, *Le courtage matrimonial*, Thèse Poitiers, 1911 ; LYON-CAEN et RENAULT, *Des faillites (Traité de droit commercial)*, t. 2, p. 241 ; CRUTZESCO, *Des donations entre concubins*, Thèse Paris, 1912, p. 111 ; GUIRAUDET, *Essai sur la maxime...*, p. 95 ; PIÉDELÈVRE, *Des effets produits par les actes nuls*, Thèse Paris, 1911, p. 265 ; ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales*, t. 1, p. 100, Paris, 3^e éd., 1916 ; SAVATIER, *ouvr. précit.*, p. 373 ; HAMEL, *De la notion de cause dans les libéralités*, Paris, Thèse 1920, p. 55 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BINET « *Précis de droit civil* » t. 2, p. 365, Paris 1921.

que la loi assimile la cause illicite à la cause inexistant, hypothèse où la restitution ne peut se discuter?

Et pourtant si l'on veut appliquer rigoureusement les conséquences du principe que l'obligation illicite ne peut avoir aucun effet, on s'aperçoit vite qu'elles aboutissent souvent à empêcher la remise au *statu quo ante*.

Il se présente des hypothèses où la répétition ne se distingue guère, pratiquement, de l'exécution du contrat. Par exemple, dans un prêt, elle n'est qu'un remboursement prématuré. Il faut bien que le débiteur soit obligé par l'effet du versement des deniers, puisqu'il doit rendre. On dira que c'est un fait, et non pas sa convention, qui produit cette obligation. Sans doute, mais le résultat est identique. Il s'ensuit que la jurisprudence a été amenée à repousser également les deux solutions, sous peine de donner effet à un acte illicite, contrairement à l'art. 1131 (45).

La nuance peut être plus faible encore entre répétition et exécution. Un contrat illicite renferme une clause de résiliation, au cas de non-paiement. Le créancier qui ne peut obtenir ce paiement demande la nullité. Cette nullité, n'est-ce pas au fond la simple exécution de la clause de résiliation, si l'on veut ne pas se fier aux apparences, mais scruter l'intention des parties ? Qu'importe qu'on ait pris la peine d'édicter une sanction, si l'on accorde par d'autres procédés tous les droits qu'on enlève en théorie ? La jurisprudence, là encore, a refusé la répétition, qui reviendrait à faire exécuter le contrat illicite (46).

(45) R. SAVATIER, *ouvr. cit.*, p. 385 ; cf. *Req.*, 1^{er} avril 1895, D., 95. 1. 263

(46) Amiens, 1^{er} avril 1912 précité.

Cette solution peut se généraliser. Tout contrat synallagmatique contient une condition résolutoire sous-entendue, faveur au créancier déçu dans ses espoirs. Admettre sans distinction le coupable à la nullité, c'est généraliser pour lui ce bénéfice : il en jouera au gré de ses intérêts. La convention produira un effet à son avantage : son débiteur sera obligé de rendre, parce que lui-même se trouvera avoir fait une mauvaise affaire. On dira que ce débiteur a, tout aussi bien, la possibilité d'agir. Il faut encore que la prestation qu'il a donnée puisse être répétée ; sinon, il est complètement au pouvoir de son co-contractant. Et, dans tous les cas, il peut fort bien ne pas avoir intérêt à la nullité. On est ainsi pris dans le dilemme suivant : ou bien, en maintenant les prestations, on fait observer le contrat comme il a été convenu — ou bien, en autorisant la répétition, on en fait observer une partie, au gré de la mauvaise foi du demandeur. On peut bien se demander quelle est alors la meilleure façon de faire appliquer l'art. 1131 et l'on conçoit que la jurisprudence, dans certains cas, ait repoussé la deuxième solution (47).

Une hypothèse semblable se présente quand la prestation fournie par l'une des parties n'est pas susceptible d'être restituée (48). On pourra bien par exemple faire rendre l'argent qui aura été versé, mais la jouissance d'une location est un fait passé sur le-

(47) Trib. com. Epinal, 8 mars 1892, sous Nancy, 2 janvier 1893, D., 94. 2, 172.

(48) Pour quelques-uns, l'impossibilité de restitution ne doit pas être envisagée matériellement ; il suffit que les convenances empêchent les Tribunaux de l'ordonner. Observations sur Trib. de com. Seine, 28 juin 1902, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 723.

quel on ne peut revenir. Si l'on voulait rétablir, le plus équitablement possible, la situation anté-contrattuale, on ferait verser une indemnité de jouissance. Mais aussitôt on voit qu'on se rapproche de l'exécution du contrat : en quoi cette indemnité différerait-elle du loyer, s'il était convenu au juste prix ? Les Tribunaux sacrifient encore dans ce cas le *statu quo ante* (49).

Il est enfin des hypothèses où le rapprochement entre l'exécution et la répétition est pratiquement complet et où l'on ne possède pas le moyen de distinguer. C'est le cas du remboursement d'avances. Il n'est pas possible de faire rendre au mandataire ce qu'il a avancé pour le compte de son mandant, car ce serait lui donner l'action même du contrat et aider à la conclusion de l'opération (50). Il en est de même au sujet des effets de complaisance, comme on l'a fait observer avec raison. « La signature du tiré a permis au tireur de se procurer de l'argent » (51) : voilà la première partie de l'opération effectuée. Pour qu'elle soit complète, il faut encore que le tiré puisse rentrer dans ses débours. Si l'on admet la répétition, c'est justement ce qu'on lui permet de faire. L'acte illicite n'était pas terminé; c'est le juge qui prend soin de le mener à bien : « au but que se sont proposé

(49) Voir la Jurispr. relative aux baux de maisons de tolérance : *infra* p. 134, note 11.

(50) Turin, 12 décembre 1807. S., 1807, 2, 716. Le cas se présente surtout à propos du jeu : cf. note 35, *supra*. — L'hypothèse du remboursement d'avances est complètement assimilée à la répétition par M. P. Note D., 1911, 1, 382. De même, si le contrat illicite a prévu qu'une prestation pécuniaire serait à la charge d'une des parties, si l'autre en a fait l'avance, comment lui permettre de rentrer dans ses fonds, sans faire exécuter le contrat illicite ? Req., 5 mars 1872 : D., 72, 1, 318 ; Paris, 16 décembre 1875, S., 78, 2, 331.

(51) J. HÉMAR. — *Des effets de complaisance*, précit., p. 90.

les parties » (52). Comment ce résultat aurait-il été admis en vertu même de l'art. 1131, qui prive le contrat illicite de tout effet ? La Jurisprudence n'a pu admettre cette interprétation et elle a résolument écarté la répétition (53).

Nous sommes maintenant bien loin de notre point de départ, et c'est l'art. 1131 qui interdit la remise au *statu quo ante*. Par une suite de gradations, nous nous sommes mis en face d'hypothèses qui, de plus en plus, obligeaient à cette solution. C'est une vue théorique qui assimile la répétition des prestations à la suppression des effets du contrat. Si l'on tient compte des réalités psychologiques, on ne peut admettre cette identification (54).

48. La formule de l'art 1131 est, en réalité, beaucoup moins rigoureuse qu'elle ne paraît. *Elle est susceptible de deux interprétations tout à fait opposées et le mot « effet » qu'elle emploie est des moins précis.* Entend-on par là l'effet direct, objectif de l'obligation ? Il faut alors toujours répéter, car c'est en vertu du contrat que la prestation a été fournie. Entend-on par là l'effet indirect, subjectif de l'obligation ? C'est le maintien des prestations qui s'impose, car on ne demande une nullité que dans son intérêt, et, si l'on n'avait pas accompli un acte illicite, on n'aurait pas ce pouvoir de revenir sur les faits. La nullité n'est pas la cause de la demande, il est vrai,

(52) Ibid. — *Contra* : DEMONT, *Des effets de compl.*, Thèse Lille, 1901, p. 138 ; ROCHE, *Des effets de compl.*, Thèse Bordeaux, 1911, p. 79.

(53) Amiens, 4 mai 1878, S., 79, 2, 64.

(54) Cf. M. GUIRAUDET, *ouv. cit.*, p. 71 ; G. RIPERT, *La règle morale*, p. 184 « Dans la plupart des cas, on ne peut séparer le paiement du contrat qui a donné naissance à ce paiement. »

mais elle en est *l'occasion*, et la mauvaise foi du plaideur en use à plaisir : *du contrat illicite, il tire des effets indirects* (55).

Il ne faut pas envisager l'obligation trop étroitement, selon la définition des Romains : elle astreint directement à faire ou à donner quelque chose. En outre, il y a un faisceau de résultats secondaires, comme la condition résolutoire, le droit à des indemnités, qui n'ont pas de rapport avec l'objet direct de l'obligation, qui satisfont simplement aux intérêts du créancier. *Ce sont ces résultats secondaires qu'on doit éviter aussi de maintenir, en vertu de l'art. 1131*, sous peine d'assurer au créancier coupable de véritables privilèges (56). Entre ces deux groupes d'effets, directs et indirects, aucune conciliation n'est possible. *Repousser les uns, c'est admettre les autres*. C'est selon les hypothèses et les intérêts en jeu qu'il faut se résoudre à sacrifier les uns ou les autres. Dans l'art. 1131, il n'y a rien qui aide à cette discrimination.

La formule employée par le Code n'a donc pas même cet avantage de guider l'interprétation jurisprudentielle, *de prêter à des résultats cohérents*. On en peut tirer deux conclusions opposées : tout paiement suppose une dette ; ce qui a été payé sans être

(55) Les décisions de Limoges, 8 août 1879, D., 80, 2, 131 ; Douai, 24 oct. 1887, S., 90, 2, 99 et *Gaz. Pal.*, 87, 2, 527 ; Epernay, 12 juin 1886, infirmé par Paris, 23 février 1888, *Gaz. Pal.*, 88, 1, 547 ; Beauvais, 3 nov. 1898, *Gaz. Pal.*, 98, 2, 499 ; Lyon, 6 juin 1906, S., 1906, 2, 264, raisonnent ainsi à propos du mot « effet ». Cf. WAGNER, *ouvr. cité*, p. 96.

(56) M. DEMONT, *ouvr. cité*, p. 138 ; M. ROCHE, *ouvr. cit.*, p. 79, écartent de parti pris cette interprétation : « Ce serait, dit M. Roche, une interprétation bien fantaisiste que d'y lire (dans l'art. 1131) que la convention doit avoir un effet contraire à l'intention des contractants. » Ce n'est pas tout à fait ce que nous pensons : elle ne doit pas avoir l'effet prévu par les contractants.

dû est sujet à répétition et ce qui a été payé en vertu d'une obligation nulle n'était pas dû (57) — ou bien : toute obligation sans cause ne peut avoir aucun effet, ne peut donc légitimer aucune action ; les parties sont non recevables à demander en justice soit le paiement du prix, soit sa restitution (58).

La part de la loi est minime dans la formation de la maxime (59). Elle n'a touché à la question directement que pour des hypothèses particulières, indirectement que par de vagues références. On n'en peut tirer aucune doctrine sur la règle *Nemo auditur*.

(57) En ce sens Trib. Nîmes, sous Nîmes, 10 mai 1847 préc. ; Civile, 11 février 1884, S., 84, 1, 266 ; Toulouse, 4 mars 1885, cassé par Civile, 29 juin 1885, S., 85, 1, 249 ; Civile, 25 janv. 1887, D., 87, 1, 465 ; Caen, 18 janvier 1888 précité ; Trib. emp. allem. précité, 1^{er} décembre 1891 ; Trib. Rouen, 30 janv. 1894, *Gaz. Pal.*, 94, 1, 322 ; Besançon, 6 mars 1895 précité ; Lyon, 19 février 1896, *Gaz. Pal.*, 96, 2, 102 ; Poitiers, 28 décembre 1896, *Gaz. Pal.*, 97, 1, 114 ; Rouen, 24 décembre 1901 ; D., 1902, 2, 398 ; Paris, 27 mars 1902, *Gaz. Trib.*, 1902, 2^e sem., 2, 132 ; Req., 24 nov. 1902, D., 1903, 1, 80. Paris, 30 juillet 1903, sous Req., 23 mai 1905, D., 1906, 1, 412 ; Paris, 12 juin 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 33 ; Vervins, 21 juillet 1911 précité ; Pau, 30 juillet 1913, D., 1914, 2, 120 ; Aix, 28 février 1923, *Gaz. Pal.*, 1923, 1, 759 ; Civile, 25 janvier 1921, D., 1924, 1, 304 ; Tr. de com. de la Seine, 25 mars 1924 précité ; Trib. de Belfort, 4 décembre 1924, D., 1925, 2, 70.

(58) En ce sens : Paris, 4 février 1854, D., 54, 2, 149 ; Montpellier, 2 juin 1868, cassé par Civile, 13 juin 1870, S., 70, 1, 357 ; Civile, 15 décembre 1873, D., 74, 1, 222 ; Caen, 29 juillet 1874, D., 75, 2, 128 ; Req., 12 décembre 1876, S., 77, 1, 299 ; T. de com. de la Seine, 21 août 1867, sous Paris, 15 mai 1868, S., 69, 1, 305 ; Trib. de la Seine, 10 février 1882, *Gaz. Pal.*, 81-82, 1, 366 ; Orange, 8 mai 1883, *Gaz. Pal.*, 84, 1, 383 ; Uzès, 17 févr. 1886, *Gaz. Pal.*, 86, 1, 802 ; Douai, 24 oct. 1887, *Gaz. Pal.*, 87, 2, 527 ; Bourges, 13 juin 1889, D., 89, 5, 329 ; Riom, 30 nov. 1893, S., 94, 2, 75 ; Lure, 18 juillet 1894, infirmé par Besançon, 6 mars 1895, précité ; Req., 1^{er} avril 1895 précité ; Caen, 23 févr. 1905, *Gaz. Trib.*, 1905, 2^e sem., 2, 27 ; Req., 17 juillet 1905, D., 1906, 1, 72 ; Req., 15 mars 1911, D., 11, 1, 382 ; Trib. com. Seine, 4 déc. 1920, D., 22, 2, 55.

(59) M. WAGNER, *OUVR. cit.*, p. 164, déclare que la loi n'a été pour rien dans la marche de la jurisprudence.

CHAPITRE III

La Jurisprudence

49. *Caractères particuliers que présente la Jurisprudence en tant que source juridique.*

49. La Tradition, la Loi n'ont fourni que des caractères peu nombreux et des précisions de portée restreinte à la règle *Nemo auditur*. Celle-ci est essentiellement l'œuvre de la Jurisprudence. Son sens, son rôle, son critérium d'application, ses limitations, ses rapports avec les autres principes généraux du Droit ont été surtout éclairés par les Tribunaux (1).

Ce travail d'élaboration a été accompli dans des conditions particulières. La Jurisprudence n'est pas une source, comme la Loi, la Tradition. *Elle se tient beaucoup plus près du mouvement des théories et des idées, et des nécessités pratiques* : pour motiver

(1) M. WAGNER, *ouvr. cit.*, déclare, non sans quelque exagération, que ni la loi (p. 164), ni la tradition (p. 174) n'ont vraiment influé sur la jurisprudence. La maxime serait l'œuvre exclusive de celle-ci. Les arrêts de Colmar, 28 janvier 1869, S., 69, 2, 208 ; Toulouse, 21 juillet 1870, sous Req. 2 avril 1872, S., 73, 1, 217, regardent aussi cette règle comme « jurisprudentielle ».

leurs décisions, il est naturel que les tribunaux aient recours aux théories et il arrive même, à propos de notre maxime, qu'ils en suivent toutes les fluctuations; — pour satisfaire aux nécessités des situations, aux exigences de l'Ordre Public, il est juste qu'ils négligent les pures déductions et que, fût-ce au prix de la logique verbale, ils recherchent les solutions les plus utiles.

De là des revirements, des contradictions multiples dans les arguments employés par la Jurisprudence. Elle invoque, au besoin, puis renie la maxime; elle emploie les termes mêmes d'une doctrine, partage ses raisonnements, puis, devant une autre conséquence, s'en écarte. Elle ne cherche pas à ériger ses conceptions en « système ». C'est une source juridique beaucoup plus trouble, beaucoup moins indépendante que les autres, si elle est beaucoup plus vivante et plus rapprochée du réel. *Elle n'a pas la relative fixité d'une loi, d'une tradition historique. Elle n'a pas non plus leur cohérence, car elle n'est pas limitée par ses propres affirmations. Avant tout, elle évolue, et c'est dans son évolution qu'il faut l'observer (2).*

L'histoire de la Jurisprudence relative à la maxime est d'ailleurs intéressante à retracer et permet d'entrevoir des pages vivantes de notre Droit moderne. Jusqu'en 1845, les Tribunaux appliquent une doctrine

(2) Cette évolution a déjà été retracée par M. MEYNIAL, dans sa note très importante au S., 90, 2, 97, mais elle est décrite à un point de vue différent du nôtre.

N. B. — Nous n'entendons pas donner une valeur absolue aux dates que nous fixons pour les évolutions de la Jurisprudence. Les changements qu'elle a subis, et plus encore ceux qu'a subis la Doctrine se sont produits habituellement par transitions insensibles. Toute détermination trop exacte est un peu artificielle.

souple, beaucoup moins absolue qu'on ne l'a prétendu, et très attentive aux exigences des faits. — La question des offices ministériels ouvre UNE DEUXIÈME PÉRIODE, QUI DURE JUSQU'À 1885. On prend conscience des limitations que l'intérêt public exige à l'application de l'adage. — La rénovation des études de Droit, l'extension de la théorie de l'enrichissement sans cause commencent UNE TROISIÈME PÉRIODE, QUI S'ÉTEND DE 1885 À NOS JOURS, époque de luttes, de contradictions ardentes, qui n'aboutissent qu'à rendre plus insoluble le problème de la règle *Nemo auditur*.

Section 1. — Évolution de la Jurisprudence de 1804 à 1845.

§ 1. *Maintien de la Tradition.* — § 2. *Conciliation de la maxime Nemo auditur et de la loi.* — § 3. *Le critérium d'application de l'adage.* — § 4. *Les théories de Chardon et de Delamarre.*

§ 1. — *Maintien de la Tradition.*

50. *Témoignages des auteurs du début du XIX^e siècle sur le maintien de la maxime Nemo auditur.* — 51. *Imprécision que présente la règle traditionnelle à cette époque.*

50. C'est un bon argument en faveur de l'adage que, dès les premières années du XIX^e siècle, à ce moment où la pensée des rédacteurs du Code était encore si vivante, on ait cru au maintien de la tradition de la maxime. En 1804, un fonctionnaire du Ministère de la Justice, Bernardi, écrivant un *Traité de Droit*,

met sur le même rang ce qui a été donné en vertu d'une obligation naturelle et ce qui a été donné pour une cause illicite. Dans les deux cas, la répétition est repoussée (3).

Merlin (4) reflète, ainsi que Chardon (5), la pensée que nous avons indiquée comme devant être celle des Rédacteurs du Code: l'article 1131 ne vise qu'un acte non exécuté. Eux aussi, ils déclarent que « le contrat n'est pas plus valable que s'il était absolument sans cause » (6), et Merlin ajoute que « la nullité met en droit de répéter ». Est-ce à dire qu'il rejette la Tradition? Nullement : il écarte la restitution, s'il y a turpitude des deux parties.

A défaut de l'article 1131, qui n'envisage pas la question, on déduit donc de son esprit les conséquences de l'acte illicite exécuté, mais sans en faire un système rigoureux et en admettant l'exception très importante qui résulte de l'application de notre adage. Tradition et Loi coexistent.

51. Cette tradition est celle du XVIII^e siècle, celle des arrêts des Parlements que l'on cite parfois (7), celle des auteurs : Grotius, Domat, Puffendorf, Pothier (8). On ne songe pas aux glossateurs et aux Bar-

(3) BERNARDI : *Cours de droit civil français*, Paris, an XII, t. 4, p. 192.

(4) MERLIN : *Recueil alphabétique des questions de droit*, Paris, 1827, t. 2, v^o. Cause des obligations.

(5) CHARDON : *Traité du dol et de la fraude*, Avallon, 1828, t. 3, p. 91 et s.

(6) MERLIN, *ibid.* ; CHARDON, *ibid.*, t. 2, p. 105 et t. 3, p. 91. Cf. SOLON : *Théorie de la nullité des actes et conventions*, Paris, 1840, t. 2, p. 4.

(7) Voir Besançon, 25 mars 1808, S., 1809, 2, 15 ; observ. sous D., 27, 1, 153 et sous D., 27, 1, 125.

(8) Metz, 14 février 1843, D., 43, 2, 91 ; Limoges, 16 avril 1845, D., 46, 2, 191. Cf. aussi MERLIN, *Répertoire universel... de jurisprudence*, Paris, 1828, v^o mariage, CHARDON, *ouvr. cité*, t. 3, p. 91 ; observ. de DE VILLENEUVE sous S., 44, 1, 582 et S. 42, 1, 68.

tolistes. Comme dans les arrêts du xviii^e siècle, la maxime apparaît vague et manque de contours précis. C'est « une règle d'équité » (9) — on ne prétend pas qu'elle est écrite dans la loi, elle y est sous-entendue. Sa légalité, son fondement ne sont pas en question. Mais sa portée n'est pas définie et les jugements et auteurs sont loin d'avoir cette rigueur dans la théorie, cette sûreté d'eux-mêmes qu'on a prétendu (10).

Les auteurs discutent sur les cas où elle peut trouver application; ils la repoussent quand elle ne donne pas des solutions satisfaisantes. A propos d'une de ces hypothèses (la simulation), Merlin déclare qu'il faut se guider sur les faits: « Une règle générale entraînerait bien des abus » (11). Duranton approuve qu'en matière de nullité « les tribunaux ne s'attachent pas toujours aux principes absolus... mais se décident fréquemment par des fins de non-recevoir » (12); il s'agissait pourtant du cas de bigamie et l'article 184 paraissait devoir imposer une solution.

La Jurisprudence montre encore moins de rigueur et prononce la répétition là où la Doctrine hésite en face de résultats immoraux (13)... A plusieurs reprises, elle emploie des formules restreignant la portée

(9) CHARDON, *ouvr. cité*, t. 3, p. 91.

(10) Cf. notamment M. CHARMONT. Note au *Pand fr.*, 98, 2, 1, et *Peut-on répéter la somme...*, *Rev. critique*, 1889, p. 75; M. TZARANO, *Etude sur la maxime*, Thèse Paris, 1926, p. 55.

(11) MERLIN : *Répertoire*, v^o simulation.

(12) DURANTON : *Cours de droit français*, 3^e éd. 1834, t. 2, p. 290. D'ailleurs, pour le cas de bigamie, Duranton écarte plutôt l'adage, mais non sans hésitation.

(13) Ainsi DELVINCOURT : *Cours de Code civil*, Paris, 1824, t. 2, p. 128, critique la décision de Bordeaux. 27 janv. 1816, S., 16, 2, 59.

de l'adage, quand les plaideurs veulent l'élargir pour les besoins de leur cause. « D. généralise trop la maxime » (14), « elle reçoit de notables exceptions » (15). Au fond, on est d'accord pour l'envisager comme un idéal, une perfection dans la décision, mais on ne met pas en doute qu'il faille la sacrifier, quand des nécessités pratiques imposent la répétition (16).

§ 2. — *Conciliation de la maxime Nemo Auditor
et de la Loi.*

52. *Rejet de la maxime en cas de contrat illicite encore non exécuté.* — 53. *Influence de la théorie de l'obligation naturelle.* — 54. *Essai d'explication de la maxime Nemo auditor par les termes de l'article 1131.*

52. Cet adage ne pouvait demeurer longtemps dans cet état d'imprécision, et, pour prendre place dans le clair édifice de la législation nouvelle, il devait lui-même s'assujettir à des règles plus certaines. On en sentait le besoin, après tous les changements constitutionnels opérés par la Révolution. Dès 1809, on remarquait à propos d'un arrêt que la Jurisprudence n'a plus le pouvoir prétorien de nos anciens Parlements, que l'adage n'a pas été inséré dans le Code (17). Questions troublantes, qui vont prendre combien d'ampleur!

(14) Caen, 30 août 1817 : *Coll. des Dalloz jusqu'à 1824*, v^o obligation.

(15) Grenoble, 4 décembre 1830, D., 32, 2, 116 ; cf. aussi : Trèves, 5 juin 1811, S., 1813, 2, 358 ; Bordeaux, 29 nov. 1828, S., 29, 2, 140.

(16) Paris, 21 février 1828, S., 29, 2, 184 ; Lyon, 17 mars 1831, S., 1831, 2, 213.

(17) Besançon, 25 mars 1808 précité.

C'est surtout en face de textes précis, comme l'article 1131, qu'on a été obligé de définir la maxime, car, déformée et élargie, elle n'aurait abouti à rien moins qu'à supprimer la portée de cette disposition. On l'a alléguée d'abord dans son sens le plus général: on ne doit pas écouter quelqu'un qui avoue un acte immoral — même lorsqu'il fait cet aveu pour échapper à l'exécution d'une promesse. On ne soutenait pas ce parti si la promesse contenait, dans ses termes, la preuve de l'immoralité, l'article 1131 est trop formel pour qu'on ait songé à l'écarter alors; mais s'il y avait simulation, on posait cette question de savoir s'il fallait permettre au coupable d'établir sa turpitude.

La jurisprudence du ^{xviii}^e siècle était indécise; celle du ^{xix}^e hésita au début (18), mais établit bientôt qu'il n'y avait pas lieu, dans ce cas, d'appliquer l'adage. Le respect de la loi la guida; il suffirait d'opérer une simulation dans le contrat pour pouvoir tourner toutes les dispositions légales et obliger à l'exécution d'un contrat illicite; ce serait « mettre la loi en opposition avec elle-même » (19).

(18) Les arrêts de Caen, 30 août 1817 précité; Toulouse, 9 janvier 1821 : S., 1821, 2, 242; Req., 5 déc. 1826. S., 27, 1, 249; Montpellier, 11 août 1836, cassé par Civile 11 juin 1838, D., 38, 1, 269, admettent plus ou moins explicitement que les auteurs d'une simulation ne sont pas recevables à en faire la preuve.

(19) Pau, 11 juillet 1834, sous Req. 25 août 1835, D., 35, 1, 404. Voir aussi Req. 4 janvier 1808, S., 1808, 1, 249; Limoges, 8 janvier 1824, avec importantes conclusions de Guilibert, S., 24, 2, 228; Bordeaux, 29 novembre 1828, S., 29, 2, 140; Grenoble, 4 décembre 1830 précité; Grenoble, 17 février 1832 sous Req. 8 avril 1835, S., 36, 1, 37; Riom, 11 janvier 1837, S., 37, 2, 422 (« toutes les fois que la loi prononce des nullités, elle accorde par cela même aux parties contractantes le droit de se pourvoir contre les actes qu'elles ont souscrits »); Civile, 11 juin 1838, précité; cf. CHARDON, *ouvr. cité*, t. 2, p. 105, 106, 108. DUPORT LAVILLETTE, *Questions de droit*, Grenoble, 1829, t. 1, p. 384; les paroles de DUPIN rapportées sous Cass. Ch. réunies, 7 mai 1836, S., 36, 1, 574; MERLIN, *Répertoire*, v^o simulation.

On alla vite plus loin. L'intérêt social n'exige-t-il pas que ces simulations puissent être établies facilement? La Cour de Cassation, revenant sur son propre avis, repoussa, comme les Cours d'Appel, l'art. 1341, et permit, par tous les moyens, la preuve de la simulation, qui faisait fraude à la loi (20).

53. S'il s'agissait d'un contrat exécuté, la répétition était plus douteuse; elle ne s'imposait pas en vertu des termes de la loi. Mais puisque les rédacteurs avaient laissé le règlement des conséquences des actes illicites à l'équité, à l'intérêt général, ces derniers n'obligeaient-ils pas à une solution contraire à la maxime?

Le maintien des prestations pouvait d'abord être imposé par l'équité, en vertu d'une obligation naturelle. La conception de cette obligation s'élabora dès les premières années du xix^e siècle. De nombreux auteurs avaient admis, au siècle précédent, que l'obligation illicite engendrait le devoir de conscience de livrer la contre-prestation promise; on ne pouvait donc la répéter, *a fortiori*. Cette solution était-elle adoptée par l'article 1967 en matière de jeu? Les travaux préparatoires laissaient dans l'obscurité le fondement de cette disposition (21). Les auteurs qui suivaient la tradition du xviii^e siècle inclinaient à voir dans cet article la consécration d'une obligation naturelle (22). Ceux qui désiraient assurer, avant tout,

(20) Cass. Ch. réunies, 7 mai 1836, S., 36, 1, 574. Civile, 29 mai 1827, D., 27, 1, 253; Req. 30 nov. 1826, S., 27, 1, 66.

(21) Cf. TROPLONG, *Contrats aléatoires*, Paris, 1845, p. 363; et supra p. 75.

(22) BERNARDI, *ouvr. cité*, t. 4, p. 109 et s.; TOULLIER, *Le droit civil français*, Paris, 1819, 2^e éd., t. 6, p. 413; cf. Trib. de la Seine, 23 juillet 1835, infirmé par Paris, 11 juillet 1836, S., 36, 2, 396; Colmar, 29 janvier 1841, S., 42, 2, 492.

la prépondérance de la loi, répondaient que cette disposition n'était qu'une application de la maxime (23).

Relativement aux autres obligations illicites, la controverse n'était pas moindre. Un tribunal remarquait qu'admettre l'obligation naturelle, c'était contraire « l'esprit et la lettre de la loi » (24). La force impérative de celle-ci était diminuée si elle proclamait elle-même que la conscience dictait une solution opposée à la sienne. Cet avis n'était pas général (25). Pour quelques auteurs, il fallait enfin admettre une distinction : la convention qui ne tendait pas à détruire par elle-même les fondements de l'ordre social, mais qui, indirectement, pour une cause accidentelle, lui nuisait et, à ce titre, avait été interdite, laissait subsister une obligation naturelle. La loi en tenait compte, une fois qu'elle avait été exécutée, en interdisant la répétition (26).

La distinction était peu logique (27), mais elle prit une grande extension vers 1840, au sujet des contre-lettres relatives aux cessions d'offices ministériels (28). Les premières décisions qui avaient admis la répétition avaient jeté un grand trouble dans l'opinion. Il sembla, non sans raison, que le demandeur foulait aux pieds ses devoirs de conscience, et l'idée que l'obligation naturelle ne peut être répétée per-

(23) DURANTON, *ouvr. cité*, t. 10, p. 585 et s. Conclusions de GUILBERT, Limoges, 8 janv. 1824, précité ; SOLON, *ouvr. cité*, t. 2, p. 68.

(24) Civile, 10 janvier 1809, S., 1809, 1, 158.

(25) Rouen, 18 février 1842, D., 42, 2, 121 et S., 42, 2, 101.

(26) Concl. de l'avocat général sur l'arrêt de Rouen (note précédente). Cf. observations de DE VILLENEUVE sur Civile, 24 août 1841, S., 42, 1, 68.

(27) DELANGLE, *Des Sociétés commerciales*, Paris, 1843, p. 107.

(28) C'est à ce sujet qu'avait été rendu l'arrêt de Rouen précité (note 25).

mettait assez bien de repousser ses prétentions. On verra plus loin ce qu'il en advint.

54. Le maintien des prestations à la suite d'un contrat illicite exécuté peut résulter non seulement de l'obligation naturelle du demandeur, mais de l'indignité des coupables. Cette solution était adoptée par quelques-uns, comme résultant de l'article 1967; ils devaient être d'autant plus portés à donner à la notion d'indignité un rôle dans notre Droit. Ceux mêmes qui repoussaient cette interprétation en matière de jeu y recouraient d'ailleurs pour les autres obligations illicites (29), et, dès le début du xix^e siècle, il y avait sans doute unanimité sur la légalité de la maxime *Nemo auditur* (30). Mais comment l'appliquer?

Avant l'exécution, il faut, avant tout, empêcher les coupables d'aller plus loin. Qu'importe qu'on serve dans ce cas les intérêts d'un malfaiteur? L'intérêt de la loi est solidaire du sien et fait écarter toute autre préoccupation d'équité (31). Après l'exécution, tout change: « le mal est fait..., la faute ne peut plus être réparée » (32). La loi n'a plus d'intérêt engagé; il n'y a plus que celui du coupable qui se fait « un

(29) Ainsi BERNARDI, *ouvr. cit.*, t. 4, p. 192; Toullier, *ibid.*, p. 125

(30) Elle est admise par DELVINCOURT, *ouvr. cité*, t. 2, p. 128; DURANTON, t. 10, p. 391; TOULLIER, *ouvr. cité*, t. 6, p. 124; MERLIN, *Recueil alphabétique*, v^e cause des oblig.; MAZERAT, *Questions sur le Code civil*, Paris, 1835, p. 175. Cependant, on peut se demander si, dès 1826, ERNST ne tendait pas à la rejeter: cf. son opuscule sur la cause cité en appendice par TIMBAL *De la cause*, Thèse Toulouse, 1882, p. 413. — En 1840, DUVERGIER présente encore la règle comme « généralement admise », *Rev. étrang. et franç. de Législ. et de jurispr. Les sommes payées...*, p. 582, année 1840.

(31) Cf. les remarquables conclusions de GUILIBERT au S., 1824, 2, 228, à propos d'une espèce un peu différente, il est vrai.

(32) TOULLIER, *ibid.*, p. 124.

titre » (33) de sa faute. Ni la morale, ni l'ordre social n'exige qu'on l'écoute.

Peu à peu, on oublia la pensée première des Rédacteurs. Le prestige de leur œuvre commençant à l'emporter, on voulut voir plus qu'eux dans leurs propres dispositions, et, de la formule de l'article 1131, les auteurs et tribunaux tendirent à déduire le mode de règlement des conséquences de l'acte illicite. Ils l'élargirent pour des résultats qui n'avaient pas été voulus. Le paiement sur cause illicite, en concluaient-ils, ne peut pas créer d'obligations, ne peut pas avoir d'effets, ne peut donc être répété. *C'est l'article 1131 lui-même qui, interprétant la maxime, refuse la répétition* (34).

Ils voulaient trop prouver et la pratique obligea à être infidèle à cette interprétation de l'art. 1131. On s'aperçut que, le contrat exécuté, la loi garde encore un intérêt au règlement des conséquences de l'acte. La valeur des dispositions légales n'est pas seulement impérative, mais active, puisque la loi peut remettre les parties dans l'état où elles étaient (35). Les Tribunaux admirent donc la répétition d'abord à propos de contrats stipulant la démission de fonctionnaires (36), puis à propos d'une cession de pharmacie à un non-diplômé, cette fois avec toute l'ampleur d'un principe général (37). La répétition est un moyen de faire appliquer la réglementation édictée ; elle est

(33) TOULLIER, *ibid.*

(34) DUPONT LAVILLETTE, *ouv. préc.*, t. 1, p. 446 ; DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité du contrat de commission*, Paris, 1840, t. 1, p. 111.

(35) Toulouse, 25 juillet 1834, D., 35, 2, 78.

(36) Paris, 23 avril 1814, S., 1815, 2, 238.

(37) Rouen, 22 février 1831, sous Civile, 13 mai 1833, D., 33, 1, 247. M. PERREAU, *ouv. cité*, t. 1, p. 174, voit dans cet arrêt le premier échec de la maxime.

bien « un effet » du contrat illicite, mais le bon sens empêche qu'on le supprime en vertu de l'art. 1131 (38). *Celui-ci ne vise que les effets produits « dans l'intérêt des parties »* (39).

§ 3. — *Le critérium d'application de l'adage.*

55. *Le critérium de Chardon.* — **56.** *Le critérium de Troplong et de la Jurisprudence.*

55. Dès le début, répétition et maintien des prestations ont donc coexisté dans notre Jurisprudence, pour le règlement des actes illicites, chacun tendant à se former un domaine particulier. Dès cette époque, on s'est donc demandé selon quel critérium pouvait s'établir la délimitation entre l'un et l'autre procédé.

Chardon emploie ou refuse la répétition pour des raisons toutes morales. Avant l'exécution du contrat, il explique, non sans embarras, qu'on doit écouter le demandeur, car il « se repent » (40). Le contrat exécuté, au contraire, il n'y a plus, chez ce dernier, désaveu de sa faute, mais désir d'en profiter, de tourner la nullité à son avantage ; on ne peut lui donner gain de cause : « ce serait une profanation de la Justice » (41). Cependant, si son acte n'offense que l'ordre public et non pas les bonnes mœurs, on n'a pas à exiger de lui le repentir ; il lui est permis d'user de la loi dans son intérêt, comme à tout homme qui

(38) Rouen, 3 avril 1829, D., 30, 2, 277.

(39) Formule de la Cour de Cassation : Civile, 13 fructidor an XI, S. 1804, 2, 22, et 10 janvier 1809, S., 1809, 1, 158.

(40) CHARDON, OUV. cité, t. 2, p. 106.

(41) Ibidem, t. 3, p. 93.

recourt en justice. C'est son adversaire qui veut profiter de la situation, qui a « la déloyauté la plus révoltante » (42). Il est donc repoussé. Chardon propose, au fond, la distinction de l'acte illicite et de l'acte immoral. Les conséquences de ces deux catégories d'actes sont différentes, *parce qu'en conscience, ils n'obligent pas au même degré*.

56. Troplong pense avec raison renouveler la question par l'examen des solutions du droit romain. « Les jurisconsultes de Rome accordaient ou refusaient la répétition, suivant que cela était nécessaire pour punir avec plus de sévérité ceux qui avaient offensé l'honnêteté publique... Cette règle n'était pas inflexible. Quand l'intérêt public exigeait que la répétition eût lieu, elle était accordée » (43). C'est ce critérium que tend à adopter la Jurisprudence : la remise au *statu quo ante* est obligatoire quand « *l'intérêt général a donné naissance à la disposition* » (44).

Les Tribunaux n'indiquent guère les conditions auxquelles on pourra reconnaître cet intérêt, mais, à défaut, ils donnent déjà une énumération assez complète. La répétition est accordée dans les contrats de démission de fonctionnaires (45), dans les ventes contenant une dissimulation fiscale (46), dans les contrats de « remplacement militaire » (47), dans les cessions illégales d'officines de pharmacie (48), en matière de

(42) CHARDON, *ibid.*, t. 3, p. 95.

(43) TROPLONG, *Contrats aléatoires*, p. 349.

(44) Toulouse, 25 juillet 1834, D., 35, 2, 78.

(45) Paris, 23 avril 1814, précité. *Contra* DELVINCOURT, *ouvr. cité*, t. 2, p. 128.

(46) Cf. les arrêts cités, note 39.

(47) Rouen, 3 avril 1829, précité.

(48) Cf. l'arrêt cité, note 37.

nullités de sociétés (49). Pour les traités particuliers conclus par le failli, la question est discutée ; mais, dès avant la loi de 1838, certains tribunaux acceptent la demande en nullité, à cause de « l'intérêt général des créanciers » (50). Au contraire, on applique la maxime dans les procès relatifs au contrat « de claque » (51), aux maisons de tolérance (52). En matière de contrebande, enfin, il semble que la Jurisprudence allègue la maxime (53), contrairement à l'opinion de Chardon (54).

Dans ces quarante années qui ont suivi la promulgation du Code Civil, des résultats précis, importants, définitifs ont été obtenus et, dans ses grandes lignes, une théorie de la maxime *Nemo auditur* tend à apparaître. *Le désir d'assurer aux décisions du Législateur une puissance prépondérante a commandé cette évolution et élargi sans cesse la portée de l'art. 1131.* De cette disposition écrite pour empêcher la volonté coupable de réaliser ses fins contre la loi, on a conclu successivement qu'il fallait rejeter l'adage à propos

(49) Toulouse, 25 juillet 1834 précité. *Contra*, Lyon, 4 juillet 1827, D., 28, 2, 12.

(50) Lyon, 17 mars 1831, D., 31, 2, 103. En ce sens : Paris, 21 fév. 1828 précité ; Paris, 21 juin 1838, D., 38, 2, 189 ; Trib. de com. Seine, 1^{er} avril 1837, S., 37, 2, 397, et sur pourvoi Req., 23 mai 1838, S., 38, 1, 326 ; Paris, 9 août 1838, D., 39, 2, 90 ; Aix, 5 mai 1845, S., 46, 2, 169 ; *Contra*, Paris, 15 décembre 1809, S., 1807, 2, 985 ; Bordeaux, 19 août 1828, D., 29, 2, 169 ; Trib. St Calais, 6 février 1829, sous Angers, 4 juin 1829, S., 30, 2, 202 et sur pourvoi Req., 11 avril 1831, S., 31, 1, 289 ; Paris, 17 mars 1832, S., 32, 2, 295 ; Trib. com. de Seine, 26 avril 1833, sous Paris, 20 février 1834, S., 34, 2, 92 ; Paris, 30 mars 1843, S., 43, 2, 419 ; Paris, 11 janv. 1844, S., 44, 2, 479. Cf. RENOARD, *ouv.* cité, t. 2, p. 491.

(51) Trib. de com. de Seine, 10 juillet 1839, sous Req., 17 mai 1841, D., 41, 1, 228.

(52) Paris, 30 novembre 1839, S., 40, 2, 121. De même en matière de corruption de fonctionnaires : Pau, 11 juillet 1834 précité.

(53) Turin, 12 décembre 1807, S., 1807, 2, 716 (sol. impl.).

(54) CHARDON, *ouv.* cité, t. 3, p. 95. *Contra* : DELAMARE et LE POITVIN, *ouv.* cité, t. 1, p. 110.

des contrats illicites non exécutés et quand la loi garde un intérêt à la remise au *statu quo ante*. Hors du texte, on ne cesse pas d'être dans l'esprit indiqué par les Rédacteurs du Code.

§ 4. — *Les théories de Chardon et de Delamarre.*

57. *Les théories de Chardon et de Biret sur la maxime.* — 58. *Les théories de Delamarre et Le Poitvin.*

57. Cependant, on a déjà remarqué qu'avec la discussion du critérium d'application de la maxime, certains auteurs en arrivent à se faire des conceptions différentes du rôle de l'adage. Chardon conçoit le refus d'action comme une institution moralisatrice, dont l'effet est *d'empêcher une injustice dans le règlement pécuniaire des conséquences de l'acte illicite*. Il ne voit dans les principes romains que l'« équité » (55), et non pas l'« intérêt public », comme Tropolong. Il n'applique son critérium qu'en comparant la valeur morale de l'un et de l'autre plaideur, valeur qui se trahit au fait qu'ils recherchent ou non un enrichissement sans cause.

Biret professe la même doctrine, en l'exagérant encore. La maxime n'est plus, pour lui, uniquement génératrice d'un refus d'action. Elle a pour but d'empêcher que, par un moyen ou un autre, un coupable parvienne à réaliser, dans le règlement de l'acte illicite, un enrichissement injuste. Elle peut donner lieu à une action en répétition si « le juge s'aperçoit que

(55) CHARDON, *ibid.*, t. 3, p. 91.

la convention illégale a porté préjudice à l'un des contractants » (56). Par là, Biret revenait aux conceptions des Bartolistes, par-dessus toute une tradition de plusieurs siècles, qu'il semble ignorer.

58. Delamarre et Le Poittvin représentent justement cette tradition. D'après eux, l'adage donne lieu à un refus d'action, qu'il faut appliquer brutalement au besoin : *c'est l'intérêt de la loi qui veut qu'on ignore l'acte coupable* ; il ne faut rien voir autre que cette sanction de portée générale, et ne pas s'arrêter à regarder si, dans tel ou tel cas, un coupable ne s'est pas enrichi injustement (57). Delangle le dit avec force : celui qui a reçu une propriété commune peut impunément se l'approprier, *in pari causa...* (58). Voilà bien la maxime romaine, interprétée par les auteurs du xvi^e siècle.

La complexité de la Tradition de la règle *Nemo auditur* produit déjà ses effets et, dès la première moitié du xix^e siècle, il se retrouve des auteurs qui, consciemment ou non, reprennent les positions, en quelque sorte historiques, avant de livrer bataille. Plus calme, la Jurisprudence élabore lentement une doctrine qui se laisse moins aller à l'*a priori* et qui, décision par décision, tend à donner des règles plus certaines, plus stables. Cette évolution aurait-elle abouti rapidement ? En tout cas, elle fut brusquement interrompue par un événement important, qui raviva les discussions, mit en lumière quelques néces-

(56) BIRET, *Traité des nullités*, Paris et La Rochelle, 1821, p. 40.

(57) DELAMARRE et LE POITVIN, *ouv. cit.*, t. 1, p. 107 et s.

(58) DELANGLE, *ouv. cit.*, p. 105 et 106.

sités pratiques trop oubliées et changea certaines destinées de la règle — c'est l'affaire des contre-lettres dans les cessions d'offices ministériels.

Section II. — Evolution de la Jurisprudence de 1845 à 1885

§ 1. *L'affaire des contre-lettres en matière de cessions d'offices ministériels.* — § 2. *L'Ecole de l'Exégèse et la doctrine de l'inexistence.* — § 3. *La renaissance de la maxime.* — § 4. *Les critères proposés.* — § 5. *Evolution de la notion d'indignité : Larombière et Dramard.*

§ 1. — *L'affaire des contre-lettres en matière de cessions d'offices ministériels.*

59. *Les débuts de l'affaire des contre-lettres relatives aux cessions d'offices ministériels.* — **60.** *Fixation de la Jurisprudence en cette matière.* — **61.** *Conséquences de l'affaire des contre-lettres relatives aux transmissions d'offices ministériels.*

59. Lorsque la loi de 1816 autorisa la cession des offices ministériels, elle ne voulut pas dessaisir le Gouvernement de tout contrôle sur ces transactions. Elle exigea pour leur validité l'autorisation administrative. Théoriquement, l'utilité de cette mesure est d'empêcher qu'on donne aux charges une trop grande valeur commerciale et qu'on introduise l'esprit de vénalité dans le corps des officiers ministériels. Mais il arrive, en fait, que pour obtenir cette autorisation, malgré un prix de cession assez élevé, quelquefois, pour éviter de publier une clause d'un caractère con-

fidenciel, on dissimule une partie du prix ou cette clause par une contre-lettre.

Cette pratique existait d'ailleurs, au su de tout le monde, depuis la Révolution (1), et, après la loi de 1816, on pouvait penser, non sans raison, que, si ces contre-lettres avaient été très nuisibles à l'ordre public, elle en aurait profité pour les interdire. La loi n'en disant rien, on concluait qu'elle les avait tolérées. Bientôt, cependant, des contestations s'élevèrent.

En 1820, un greffier, qui pensait avoir donné de sa charge un prix trop élevé, sollicita l'annulation de son obligation. Il fut repoussé (2). En 1838, de nouvelles demandes se produisirent, qu'on écartera également, soit en voyant, dans le paiement du prix, l'acquiescement d'une obligation naturelle (3), soit en considérant les plaideurs comme indignes, en vertu de la règle *Nemo auditur* (4), soit encore en déclarant ne rien voir d'illégal dans cette pratique des contre-lettres (5). De jour en jour, le danger se fit plus pressant. A l'abri de la tolérance des Tribunaux, le prix des charges pouvait augmenter sans cesse et la vénalité pénétrer le corps des officiers ministériels. La Jurisprudence comprit son erreur et, revenant sur son avis, prononça la nullité des contre-lettres et la

(1) Requ. 1^{er} août 1844, D., 44, 1, 280. Observations sous l'arrêt.

(2) Ibidem.

(3) Trib. Seine, sous Paris, 18 nov. 1837, D., 38, 2, 48 (au sujet d'une charge de chancelier) ; Trib. de la Seine, en note sous Paris, 31 janv. 1840, S., 40, 2, 81 ; Rouen, 18 fév. 1842 précité ; Metz, 14 fév. 1843, D., 43, 2, 91.

(4) Grenoble, 16 déc. 1837, S., 38, 2, 489.

(5) Trib. Seine, 20 mars 1839, sous Paris, 11 nov. 1839, S., 39, 2, 485 ; Toulouse, 22 février 1840, S., 40, 2, 126.

répétition des sommes versées en sus du prix ostensible (6).

60. D'un danger on tombe dans un autre. La répétition aboutissait à faire diminuer le prix d'acquisition de l'office. Pour tous ceux qui ne possédaient pas une certaine probité, c'était une tentation de revenir sur le contrat exécuté. On le vit bien à l'affluence des demandes en nullité qui se produisirent. Les uns ont acheté trop cher une charge dépréciée ; ils en profitent pour revenir à un plus juste prix (7). Ce sont les moins coupables. Mais d'autres entendent vraiment réaliser une « bonne affaire » et posséder une charge à bon compte. D'autres sont plus cyniques : ils attaquent des traités équitables, avantageux, les trouvant encore trop onéreux. Par exemple, on voit un pupille, élevé par son parent, huissier, après avoir reçu de lui sa charge à des conditions très bénignes, attaquer cette cession, pour échapper aux quelques obligations qu'il avait contractées (8).

Le scandale était d'autant plus grand que des conventions très anciennes se trouvaient remises en question. Aucune transaction ne mettait à l'abri de cette sorte d'éviction, aucune remise de dette (9). Il est

(6) Paris, 11 nov. 1837, D., 40, 2, 127 ; Paris, 15 février 1840, D., 40, 2, 96 ; Rennes, 29 décembre 1839, S., 40, 2, 81 ; Req., 7 juillet 1841, S., 41, 1, 693 ; Rennes, 28 août 1841, S., 41, 2, 495 ; Trib. de la Seine, 4 avril 1840, sous Req., 7 mars 1842, S., 42, 1, 196 ; Req., 7 juillet 1841, S., 41, 1, 572 ; Blois, 13 juin 1843, S., 43, 2, 375 ; Châlons-sur-Marne, 29 juillet 1842, sous Paris, 25 avril 1843, S., 43, 2, 452 ; Req., 1^{er} août 1844 précité. Cf. M. JOSSEMAN, *Les mobiles dans les actes juridiques*, Paris, 1928, n° 202.

(7) Rouen, 18 février 1842, précité.

(8) Chartres, 9 novembre 1849 : S. 51. 1. 397 ; Bourges, 5 janvier 1850. D. 52. 2. 38.

(9) Req. 20 juin 1848. D. 48. 1. 210 ; Rouen, 26 déc. 1850. D. 51. 2. 83 et Civile, 19 avril 1852. D. 52. 1. 105.

des traités qui avaient été respectés pendant vingt-deux ans, dont on demanda subitement la nullité (10). C'était la perturbation la plus complète dans le monde des officiers ministériels. Les revues posaient la question devant l'opinion, discutaient les solutions (11). Une pétition fut même portée devant les Chambres (12). Visiblement, l'équité était du côté des adversaires de la répétition.

La Jurisprudence hésita devant le débordement des demandes de mauvaise foi, et plusieurs Tribunaux pensèrent avant tout à l'arrêter. Les uns recoururent à la conception de l'obligation naturelle (13); d'autres, à la maxime *Nemo auditur* (14). D'autres établirent une distinction d'après le but de la nullité. C'étaient seulement les contrats ruineux qui étaient visés. Le contrat avantageux, conclu honnêtement engendrait vraiment une obligation naturelle (15), même civile pour quelques tribunaux (16).

Aucune de ces solutions n'était satisfaisante. Avant tout, il fallait assurer la sécurité de l'ordre public. S'il y avait un contrôle exigé par la loi, il fallait empêcher qu'on l'écludât, sans encourir une sanction : la nullité (17). Et celle-ci, pour avoir une portée prati-

(10) Trib. de la Seine, 3 juin 1845 : D. 45. 3. 160 ; cf. aussi Paris, 19 juin 1846 : S. 46. 2. 613 (12 ans) ; Req. 5 nov. 1856 : D. 56. 1. 397 (16 ans) ; Angers, 21 mai 1856. D. 57. 1. 214 (8 ans).

(11) Voir la controverse entre TEYSSIER « *Etat de la jurisprudence...* ». Rev. étrang. et franç. de Législ. et de Jurisp. 1846, p. 620 et s., et BALLOT, ibid. 1847, p. 24 et s.

(12) en 1847. D. 47. 3. 128.

(13) Metz, 14 février 1843. D. 43. 2. 91.

(14) Orléans, 8 février 1844 (deux arrêts) : *Journal du Palais*, 1844. 1. 452.

(15) Colmar, 16 nov. 1842 : D. 1844. 4. 275.

(16) Orléans, 31 janvier 1846 : D. 47. 2. 101 ; Bourges, 5 janvier 1850 précité ; Trib. de Chartres, 9 nov. 1849 précité ; Poitiers, 12 janvier 1853, cassé par Civile 24 juillet 1855. S. 55. 1. 657.

(17) Cf. Civile, 5 janv. 1846 : D. 46. 1. 14

que, devait s'accompagner de la répétition (18), pouvoir être établie par tous les moyens de preuve (19), s'étendre à tous les procédés indirects qui auraient abouti au résultat prohibé (20). Successivement, la Jurisprudence accepta toutes ces conséquences, malgré les iniquités qu'elles entraînaient souvent (21).

61. Dans la mêlée, la théorie de l'obligation naturelle et celle de la maxime *Nemo auditur*, surtout, subirent une défaite qui influa beaucoup sur leur évolution. Les Tribunaux remarquent qu'on ne peut parler d'obligation naturelle, quand la loi interdit la prestation. « Ce serait une inconséquence », dit l'un d'eux (22) de permettre et de défendre à la fois. Ce serait rendre l'interdiction « illusoire » (23). L'argument porté contre cette obligation naturelle fut généralisé contre toutes les autres : comment croire que le jeu est illicite, puisqu'on lui reconnaît un effet et qu'il engendre une obligation naturelle? (24). L'art. 1967 ne peut donc s'appliquer qu'à un contrat re-

(18) Req. 1^{er} août 1844 précité ; Nantes, 23 juin 1845 : D. 45. 4. 378 ; Caen, 12 févr. 1845 : S. 45. 2. 184.

(19) St-Etienne, 26 août 1847, S. 47. 2. 609 ; Amiens, 9 janv. 1863, Req. 24 février 1863 : S. 63. 1. 183.

(20) Par ex. exagération des produits de l'office : Montpellier, 16 décembre 1872 : S. 73. 2. 72. — Cession des débets : Civile, 8 janvier 1849 : S. 49. 1. 31.

(21) Lire à cet égard les considérants des jug. du Trib. de la Seine, 3 juin 1845 : D. 45. 3. 160 ; et d'Amiens, 17 avril 1856 précité. Cf. aussi ce que dit DUVERGIER « *Les sommes payées en exécution...* » Rev. de Lég. et de jurisp. 1840, p. 569.

(22) Civile, 30 juillet 1844 : D. 44. 1. 389.

(23) Blois, 13 juin 1843 précité. Cf. encore : Req. 1^{er} août 1844 précité ; Orléans, 8 février 1844 précité ; Civile, 5 janvier 1846 précité ; Req. 10 février 1846 : S. 46. 1. 118 ; Angers, 20 juin 1844, sous Req. 17 déc. 1845 : S. 46. 1. 137 ; Nîmes, 10 mai 1847 : S. 48. 2. 147 ; Req. 16 mai 1849 : D. 49. 5. 294 ; Lyon, 24 août 1849 : D. 50. 2. 36 ; Trib. Rouen, 7 déc. 1849, sous Rouen, 26 déc. 1850. D. 51. 2. 83 ; Civile, 28 mai 1856 : D. 56. 1. 377 ; voir aussi : Req. 23 août 1842. D. 43. 1. 3 ; Req. 7 juillet 1841 : S. 41. 1. 693 ; et l'art. de DUVERGIER précité.

(24) PILLETTE « *Lettre à Mourlon sur le jeu* », Rev. prat. de droit franç. 1863, p. 442 ; PONT « *Contrats aléatoires* » (t. 1 des *Petits contrats*), p. 281.

connu. Quelques années plus tard, beaucoup ne mettaient plus en doute la suppression de toute obligation de conscience à la suite d'un contrat illicite (25). Demolombe, traitant la question, se demandait si « c'est la peine » (26) de s'arrêter à cette difficulté.

La maxime *Nemo auditur* fut encore plus attaquée. Pour la première fois, un arrêt la rejeta expressément, comme n'existant plus dans notre Droit (27). Le résultat des controverses engagées dans les revues fut de découvrir tous ses points faibles : l'adage aboutit à maintenir l'exécution d'un contrat illicite, il est donc contraire à l'intérêt de la loi (28). « Il y aurait une contradiction à annuler une convention et à laisser subsister ses effets » (29). La plupart des Tribunaux ne généralisent pas aussi rapidement (30), mais les auteurs se laissent séduire par ce raisonnement, nous allons le voir. Pour tous, l'affaire des contre-lettres en matière de cessions d'offices ministériels crée un précédent indiscutable, pose la question de l'existence de la règle et donne lieu à d'inquiétants arguments.

§ 2. — *L'Ecole de l'Exégèse et la doctrine de l'inexistence.*

62. *Interprétation nouvelle de l'article 1131.* — **63.** *La doctrine des auteurs de l'Ecole de l'Exégèse.*

(25) Cf Limoges, 16 avril 1845. D. 46. 2. 191.

(26) DEMOLOMBE « Cours de Code Napoléon » Paris, 1882, 3^e éd., t. 27, n^o 43

(27) Nantes, 23 juin 1845 précité.

(28) Nantes, même décision.

(29) Même décision ; Aix, 7 mars 1843, sous Req. 1^{er} août 1844 précité.

(30) Paris, 29 nov. 1858, sous Req. 2 août 1859, et les concl. de BARRIER, sous l'arrêt de Paris. D. 59. 1. 290 ; Montpellier, 2 juin 1868, sous Civile, 13 juin 1870 : S. 70. 1. 357. — Cf. cependant comme se fondant sur la jurisprudence relative aux cessions d'office : Limoges, 16 avril 1845 : D. 46. 2. 191, et plus tard Toulouse, 2 août 1882 : S. 83. 2. 129.

62. Leur mise en action fut l'œuvre d'une Ecole dont l'influence domina les études de droit privé, pendant une partie du XIX^e siècle, l'Ecole de l'Exégèse. On a décrit en détail les caractéristiques de sa méthode (31) : prestige du texte et de la loi écrite, recherche des déductions logiques, abus de l'abstraction. Elle fut ainsi amenée, en notre matière, à rechercher toutes les conséquences de l'art. 1131, interprété d'une façon abstraite, et à les appliquer, sans se préoccuper de leurs résultats pratiques, par simple besoin de logique (32).

Dès 1840, l'argumentation se dessine. A mesure qu'il faut motiver plus souvent des jugements ordonnant la répétition à propos de cessions d'offices ministériels, elle se fait plus serrée. Dans le domaine du droit, seul ce qui est conforme à la loi est cohérent, peut prendre place ; l'acte illicite doit être éliminé ; il n'existe pas : c'est le « néant » qui ne peut « rien produire » (33). Mais cette inexistence ne s'applique qu'à la volonté coupable. Par un effort, un abus d'abstraction, on sépare cette volonté du fait matériel auquel elle s'est appliquée, et l'on juge que ce fait peut produire ses conséquences, comme tout autre.

(31) F. GÉNY « *Méthode d'interprétation et sources...* », Paris, 1899, p. 115 et s. ; J. BONNECASE, « *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil* » Rev. Gén. de Droit, 1918, p. 213 et s.

(32) On a soutenu (M. JAPIOT « *Des nullités en matière d'actes juridiques...* » Thèse Dijon, 1909, p. 298, et M. PIÉDELIEVRE, ouvr. cité, p. 427). que c'est au contraire la conception de l'inexistence qui a provoqué l'application de la maxime. On verra plus loin que l'adage a été modifié, en effet, selon cette théorie. Mais en fait, au début, cette doctrine de l'inexistence a conduit ses partisans à critiquer la maxime.

(33) BALLOT « *De la nullité des jeux de Bourse* ». Rev. prat. de droit, 1858, p. 339.

La prestation produit un effet en tant que versement indu et oblige à la répétition (34).

C'est ce que dit un Tribunal, car la Jurisprudence collabore efficacement à l'élaboration de cette théorie : « Un pacte (fondé sur un délit) est frappé d'une nullité viscérale et intrinsèque... il n'a pu produire ni droit... ni obligation naturelle. Ce pacte mis à l'écart, que reste-t-il ? un fait isolé, le paiement, qui ne pouvant conférer aucun droit, donne ouverture à l'action en répétition » (35).

63. Au milieu du XIX^e siècle, avec Demante, Laurent, Demolombe, cette argumentation est complètement établie et s'impose par sa puissante logique. La nullité consécutive à l'illicéité est la plus énergique, car, pour ces hommes épris du culte de la Loi, il importe que la Loi soit obéie ponctuellement (36). L'acte illicite n'est pas seulement nul : *il est inexistant*. Quel bel argument à l'appui, que l'art. 1131 ! Laurent s'arrête avec complaisance sur sa formule. « C'est plus que la nullité, car ce qui est nul peut néanmoins produire un effet juridique » (37). « L'acte n'a qu'une existence apparente ; *en réalité*, rien n'a été fait » (38). L'art. 1131 est définitivement élargi. On lui fait trancher la question de répétition, pour laquelle il n'a pas été écrit.

(34) MIMEREL « *Des traités secrets en matière de transmission d'offices* ». Rev. critique de jurispr., 1851, p. 764. Cf. Civile, 30 juillet 1844 : D. 44. 1. 289 ; Civile, 5 janvier 1846. D. 46. 1. 14 ; Caen, 20 mars 1849, D. 50. 2. 184.

(35) Limoges, 16 avril 1845. D. 46. 2. 191.

(36) LAURENT « *Principes de droit civil* », t. 15, p. 515 et 516.

(37) LAURENT, *ouv.* cité, t. 1, p. 91.

(38) LAURENT, *ouv.* cité, t. 15, p. 509. On retrouve les mêmes raisonnements dans les thèses de M. BRISAUD, « *De la notion de cause...* ». Bordeaux, 1879, p. 155 et 171 ; de TIMBAL « *De la cause...* » Thèse Toulouse, 1882, p. 144 et s.

Et le raisonnement se poursuit. Il reste donc des effets sans cause, ou sur cause nulle, — ne disons pas : sur cause illicite, car le fait du versement des deniers n'est pas illicite (39). Si l'on envisage le règlement des conséquences de l'acte exécuté, il n'y a plus de cause illicite ; elle se ramène à la cause nulle, inexistante ; *il n'y a plus de « condictio ob turpem causam », mais une « condictio indebiti »*. Après l'art. 1131, on élargit l'art. 1235.

Ce raisonnement rigoureux se resserre chez Demante (40), mais n'en est que plus pressant : le débiteur ne devait pas (art. 1133), il a payé, donc il doit répéter (art. 1235). Ou il s'exprime dans le syllogisme cher à la Chambre Civile de la Cour de Cassation : « Ce qui a été payé en vertu d'une obligation nulle n'était pas dû ; ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition ; donc, ce qui a été payé en vertu d'une obligation nulle peut être répété » (41).

Comment combattre une dialectique si puissante ? Les partisans de la maxime sont embarrassés pour se défendre et Demolombe, Laurent réfutent vite leurs objections. La non-répétition, dit-on, par exemple, n'est pas un effet de l'acte illicite, mais de l'indignité (42). A cela on répond : il faut voir le résultat

(39) DEMOLOMBE, ouvr. cité, tome 31, p. 375 ; LAURENT, ouvr. cité, t. 16, p. 221 ; BOURGEON « *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité...* ». Thèse Dijon, 1885, p. 282.

(40) DEMANTE « *Cours analytique de Code Civil* », Paris, 1884, t. 15, p. 65 ; cf. LABORDE « *Applications de la théorie de la cause...* ». Rev. Gén. de Droit, 1881, p. 409. « Un simple rapprochement d'articles suffit pour la réfuter (la maxime) ».

(41) Cf. Civile, 11 févr. 1884 : S. 84. 1. 266 ; Civile, 25 janvier 1887 : D. 87. 1. 465. La doctrine de l'inexistence a été bien décrite par M. JAPIOT, thèse précitée, p. 124 et s.

(42) DUBOIS : Note au S. 74. 1. 241 ; AUBRY et RAU, ouvr. préc. n° 442 bis, t. IV ; Trib. Toulouse, 15 décembre 1884. *Gaz. Pal.* 85-1. sup. 117.

pratique ; c'est la situation interdite par la loi qui demeure, grâce à la protection du juge (43). — Mais la Tradition est dans ce sens ? — Au-dessus de la Tradition, il y a le texte. « Où est-elle' écrite, cette maxime, s'écrie Demolombe, en vertu de quel texte prononce-t-on une telle indignité ? » (44). Pour Laurent, du moment que la loi n'a pas parlé de l'adage, elle l'a repoussé (45).

Démontrée insuffisante dans la pratique par l'affaire des offices ministériels, dans la théorie par les critiques de l'Ecole de l'Exégèse, la maxime ne disparaît pas pourtant et se maintient en de nombreuses applications. Comment expliquer cette énigme ?

§ 3. — *La renaissance de la maxime.*

64. *Raisons pratiques qui expliquent le maintien de la règle Nemo auditur.* — 65. *La jurisprudence relative à la mise en société d'offices ministériels.*

64. L'utilité indiscutable de la règle *Nemo auditur*, c'était la Jurisprudence, elle-même, qui l'avait démontrée, dans l'affaire des contre-lettres en matière de cessions d'offices ministériels, par tous les faux-fuyants adoptés pour éviter un résultat qui s'imposait. Il y eut à la suite de ces événements, arguant du précédent qu'ils constituaient, un certain nombre de demandes pour forcer la main des juges et faire jouer la nullité dans les intérêts des coupables.

(43) BALLOT « *De la nullité des jeux de Bourse* », Rev. prat. 1858, p. 338 ; LAURENT, ouv. cité, t. 16, p. 220 ; BRISSAUD, ouv. précit., p. 175 ; BOURGEON, ouv. cit., p. 281.

(44) DEMOLOMBE, ouv. cité, t. 31, p. 371.

(45) LAURENT, ouv. cit., t. 16, p. 220.

L'art. 1967 refusant la répétition, le joueur malheureux qui avait payé s'efforçait d'établir une distinction entre le jeu de l'art. 1967, qui était licite et engendrait une obligation naturelle, et le jeu illicite de l'art. 421 du Code Pénal, qui était un délit, ne pouvait produire d'effets et obligeait à la répétition (46). Le complice d'une femme surprise en adultère avait payé au mari trompé une somme, pour faire cesser toute poursuite judiciaire ; la femme coupable demanda à bénéficier de ce prix à la dissolution de la communauté (47).

Bozérian avait prédit avec force tous ces résultats dans un article de 1858. Faible dans sa partie théorique, son plaidoyer signale à merveille les avantages pratiques de la maxime (48). Il souligne la difficulté, l'impossibilité matérielle d'une répétition intégrale. *Jamais la remise au « statu quo ante » n'est complète*, et toujours un plaideur en profite (49). Il gagne à son délit. Aussi verra-t-on souvent des coupables invoquer cette sanction : comment s'arrêter, refuser pour un délit ce qu'on accepte pour un autre ? *Il va falloir généraliser, ouvrir le prétoire à tous les tarés* : « On permettra, dit-il, avec emphase, que le misérable qui a mis le poignard à la main du meurtrier,

(46) Paris, 29 nov. 1858 et Req. 2 août 1859 : D. 59. 1. 290 ; Trib. de Marseille, 21 janv. 1868, sous Aix, 5 juin 1868 : D. 68. 2. 168. L'avocat général Boret avait accepté ces distinctions : concl. sous Amiens, 14 janvier 1859 : D. 59. 2. 70. M. Bresson, *ouvr. cité*, p. 137, partage le même avis. Cf. sur cette discussion : Pour « Contrats aléatoires », p. 280.

(47) Civile, 5 février 1873. S. 73. 1. 289 (note Labbé) et D. 73. 1. 209. — A l'inverse, on a des exemples de prétentions malhonnêtes se couvrant de la maxime : Civile 5 mai 1863 : D. 63. 1. 195, et surtout les hypothèses d'appropriations tombant sous le coup de la loi pénale, étudiées *infra* p. 231.

(48) « La répétition des sommes payées... ». Rev. prat. 1858, p. 18 et s.

(49) *ibid.* p. 33.

la torche aux mains de l'incendiaire, puisse... réclamer le remboursement de son hideux salaire » (50). Devant de tels dangers, un refus d'action général s'impose. Si ce système n'est pas « formellement autorisé, il est certain qu'il n'est pas formellement prohibé... Et cela suffit », conclut-il (51).

Cette argumentation se reflète dans la Jurisprudence. Un jugement adopte la maxime, parce qu'elle donne « un résultat aussi équitable que peut le comporter une combinaison contraire aux principes » (52). C'est surtout la seconde considération de Bozérian qui entraîne définitivement les Tribunaux. Ils n'ont pas encore trouvé d'arguments théoriques, à l'appui; à défaut, ils se conduisent d'après les nécessités pratiques. Ils se laissent convaincre par ce fait qu'il n'y a qu'à supposer un délit, au lieu d'une simple violation de la loi, pour qu'on ne puisse plus hésiter à repousser la demande (53).

65. Les nombreuses réclamations qui se produisirent au sujet de la mise en société d'offices ministériels donnèrent à la Jurisprudence l'occasion d'affirmer ces principes. Ces sociétés sont tenues pour illicites, (sans exception, avant la loi de 1862). Lorsqu'elles ont accompli un certain nombre d'opérations, l'associé peut-il exiger la nullité et la répétition de

(50) *ibid.* p. 19.

(51) *ibid.* p. 33.

(52) Riom, 17 août 1863, sous Req. 10 janv. 1865 : S. 65. 1. 110.

(53) BECOT, conclusions citées note 46. — Paris, 29 nov. 1858, cité *ibid.*
— En résumé, c'est l'équité, la révolte de la « conscience » qui a empêché de généraliser trop les critiques de l'Ecole de l'Exégèse (« *Jeux de Bourse* » BOZÉRIAN. Rev. prat., 1859, p. 177), et vaincu même parfois « le courage » de LAURENT (cf. ce qu'il dit t. 21, p. 276, ouvr. cit., sur l'arrêt de Cass. civile, 5 févr. 1873 préc.).

ses apports ? Cette demande est beaucoup moins justifiée qu'elle ne paraît. Les créanciers ont compté avoir comme débiteur une société, ils n'ont plus que des individus isolés. Ils ont compté sur le capital social ; chacun reprenant ses apports, leur gage disparaît. Et cet apport est repris libre de toute charge par le coupable, puisque la société est censée n'avoir jamais existé, et qu'il n'a pas cessé de rester propriétaire de son apport. Associé, il participerait aux pertes ; propriétaire, il y échappe. La sanction qu'on prend contre lui est supportée par ses créanciers. Son acte illicite lui assure le bénéfice de se tirer sans dommages d'une situation pécuniaire fâcheuse.

Ces motifs décident les Tribunaux. Ils veulent éviter de créer au coupable « une situation exceptionnelle » (54), d'« ouvrir une carrière à la mauvaise foi » (55), de lui « donner une prime d'encouragement » (56). Pour cela, ils refusent la répétition en vertu de la maxime (57) ou (58) maintiennent la société en tant que société de fait (59). Ils acceptent toutes les consé-

(54) Trib. com. Seine, 16 avril 1862, sous Paris, 27 mai 1862 : S. 63. 1. 493.

(55) Riom, 23 janvier 1860. S. 62. 1. 825 (sous Civile, 19 mars 1862) — (il s'agissait, il est vrai, d'une société ordinaire).

(56) Aix, 2 juin 1868. D. 69. 2. 242. Cf. aussi Trib. com. Seine, 21 août 1867, sous Paris, 15 mai 1868 : S. 69. 1. 305 ; Paris, 27 mai 1862 : D. 62. 2. 199.

(57) Paris, 4 février 1854 : D. 54. 2. 149 ; Trib. com. de la Seine, 16 avril 1862, précité ; Trib. de com. Seine, 7 mai 1862, sous Req. 16 avril 1864 : S. 65. 1. 23 ; Req. 10 janv. 1865 : S. 65. 1. 110 (Société ordinaire) ; Trib. com. Seine, 21 août 1867, précité.

(58) Car il semble que les Tribunaux adoptent l'une ou l'autre de ces solutions. Cf. les arrêts cités, note 54, et les décisions du Trib. de com. de la Seine, 21 août 1867 et de Paris, 15 mai 1868 précit. En sens contraire. M. MEYNIAL. note au S. 90. 2. 97.

(59) Lyon : 9 déc. 1850. S. 50. 2. 634, et Req. 15 déc. 1851 : S. 52. 1. 21 ; Bordeaux, 8 juin 1853 : D. 53. 2. 209 ; Paris, 10 mai 1860 : D. 60. 2. 89. et S. 60. 2. 465 ; Civile, 13 mai 1862 : D. 62. 1. 338 ; Paris, 27 mai 1862 : D. 62. 2. 199 ; Paris, 27 mai 1862 précité ; Req. 16 avril 1864 : S. 65. 1. 23 ; Aix, 2 juin 1863 précité ; Paris, 15 mai 1868 précité ; au contraire, on a admis la répétition dans une espèce favorable : Trib. Ile de la Réunion, 16 août 1849, sous Civile, 15 janvier 1855 : S. 55. 1. 257.

quences de leur principe. Ainsi, ils réputent obligés solidairement les associés d'une société qui avait l'apparence d'être en nom collectif ; autrement, « violer la loi serait se faire une position meilleure qu'elle ne serait pour ceux qui l'auraient observée » (60).

La querelle ouverte à propos des cessions d'offices ministériels se ranime donc sur un sujet voisin. En dépit des syllogismes, des considérations d'ordre pratique ont maintenu la maxime, et dans un domaine très important, si l'on ajoute qu'elle n'a pas cessé d'être appliquée pour les procès relatifs aux maisons de tolérance (61), pour les « contrats de claque » (62), les sociétés illicites (63), ou de contrebande (64), ou de fraude au Trésor (65), les opérations de médecine illégale (66). L'affaire des offices ministériels a surtout eu *des conséquences théoriques*. En fait, après quelques hésitations, les deux doctrines de la répétition et de la maxime ont maintenu leurs positions (67). Il faut donc voir quelle explication on propose de cette dualité de Jurisprudence, quel critérium on indique pour l'application respective de ces deux principes.

(60) Aix, 2 juin 1868 précité.

(61) Trib. de paix Poitiers, 23 janvier 1860 : D. 60. 3. 40 ; Lyon, 11 juillet 1862 : S. 63. 2. 165 ; Civile, 15 déc. 1873 : D. 74. 1. 222 ; Caen, 29 juillet 1874 : D. 75. 2. 228 ; Paris, 14 juin 1881 : S. 81. 2. 51 ; Trib. Seine, 10 février 1882 : *Gaz. Pal.* 81-82. 1. 366.

(62) Paris, 8 août 1853 : S. 53. 2. 499.

(63) Req. 10 janvier 1865 précité.

(64) Paris, 7 mars 1846 : D. 46. 4. 376.

(65) Limoges, 18 août 1879 : D. 80. 2. 31, et Req. 8 novembre 1880 : D. 81. 1. 115.

(66) Orange, 8 mai 1883 : *Gaz. Pal.* 84. 1. 383.

(67) En outre de l'hypothèse des contre-lettres en matière d'offices ministériels, on trouve la répétition employée pour les contrats stipulant une abstention aux enchères : Limoges, 16 avril 1845 : D. 46. 2. 191 ; en matière de trafic d'influence, Toulouse, 21 juillet 1870 : S. 73. 1. 217, de cession non-autorisée d'une concession administrative : Civile, 11 février 1884 : S. 84. 1. 266.

§ 4. — *Les critères proposés.*

66. Critérium fondé sur l'égalité de turpitude des coupables. —

67. Développement du critérium fondé sur l'intérêt public en jeu à la répétition de certaines prestations. — 68. Critérium de Larmbrière.

66. Il est des Tribunaux qui interprètent la *par causa* de la maxime d'une façon stricte. Ils comparent la responsabilité des deux plaideurs, et, si l'un paraît plus coupable que l'autre, ils estiment qu'il doit restituer ce qu'il a reçu. Ce n'est que dans l'hypothèse d'une égalité de faute, de *par causa turpitudinis*, que s'applique le maintien des prestations. Tel est le critérium proposé par la Chambre des Requêtes, et c'est ainsi qu'elle explique le rejet de la maxime dans l'hypothèse des contre-lettres relatives aux cessions d'offices ministériels (68). Le cédant, étant officier ministériel, est tenu à des devoirs plus stricts ; le cessionnaire veut à tout prix s'établir ; il est victime de son impatience, il est bien moins coupable et il peut se faire restituer contre le paiement (69). — Au contraire, dans l'hypothèse du jeu, les joueurs sont également fautifs et également dépourvus d'actions (70). — Peu d'auteurs ont accepté ce critérium (71),

(68) Req. 1^{er} août 1844 : S. 44. 1. 582 ; et 11 août 1845 : D. 45. 1. 342 ; cf aussi Orléans, 8 février 1844 : *Journ. Palais* 44. 1. 452 et la note de MOREAU au S. 64. 1. 161.

(69) Nîmes (Tribunal) sous Nîmes, 10 mai 1847 : S. 48. 2. 147.

(70) Bordeaux, 15 juin 1857 : D. 58. 2. 31 ; Civile, 1^{er} août 1859 : D. 59. 1. 290.

(71) MASSÉ et VERGÉ « *Le droit civil français, d'après Zachariæ* », Paris 1858, t. 4, p. 9, adoptent cet avis. On pourrait leur joindre BALLOT, art. cité Rev. prat. 1858, p. 332, mais cet auteur est assez peu affirmatif.

qui a vite paru trop subtil (72) et contraire à la tradition romaine (73).

67. Le critérium fondé sur l'intérêt qu'a la société à la restitution des prestations s'est conservé, au contraire, et a pris sans cesse plus d'importance. La Chambre des Requêtes, elle-même, le joignait au précédent pour justifier la répétition dans les cessions d'offices ministériels (74). En cette circonstance, c'était au fond la raison la plus logique à invoquer. Si l'on estimait que les préoccupations pécuniaires absorberaient trop le nouveau titulaire, au cas où il aurait payé sa charge trop cher, il fallait toujours lui permettre de revenir sur la cession et de recouvrer l'argent déboursé en sus du prix ostensible. C'est seulement ainsi qu'il était protégé contre ses propres conventions. L'intérêt de la société exigeait que la sanction comprît la répétition.

De même, en matière de traités particuliers conclus par le failli, il fallait que celui-ci pût se faire restituer ses versements, pour que l'intérêt général du commerce fût vraiment protégé contre les menées de créanciers intrigants. Cette considération « d'ordre public » (75) justifiait l'exception faite à l'adage par la loi. On jugea qu'il en était ainsi encore en matière de reconnaissance d'enfant naturel (76). Au contraire, la mise en société d'offices ministériels était censée

(72) BARBIER, concl. précit. ; DUBOIS, note au S. 74. 1. 241 ; BRISSAUD, ouvr. précit., p. 178 ; DRAMARD « *Traité des billets de complaisance* », Paris, 1880, p. 73.

(73) BOZÉRIAN « *La répétition des sommes payées...* ». Rev. prat. 1858, p. 25 ; et « *Jeux de Bourse* », ibid., 1859. p. 177.

(74) Voir les arrêts cités note 68, et Caen, 12 février 1845 : S. 45. 2. 184.

(75) Troyes, 27 janvier 1853, sous Req. 8 janvier 1855 : S. 56. 1. 801.

(76) Nîmes, 7 mai 1879, D. 79. 2. 133.

ne pas intéresser « les principes essentiels de l'ordre public » (77), de même que la perception divise de fruits dans l'exploitation d'une concession (78). C'est pourquoi on maintenait l'état de fait.

Mais comment reconnaître les cas où l'intérêt public est en jeu dans la répétition ? Il semble qu'on regarde l'effet pratique du paiement, qu'on s'attache à savoir si le maintien des prestations gêne ou favorise, en fait, la sanction portée par la loi. Les arrêts le disent clairement à propos des offices ministériels cédés par traités secrets : le péril qu'on veut éviter ne peut l'être que par la répétition. Par contre, en matière de jeu, le mal est dans l'opération elle-même, dans la passion, la cupidité qui s'emparent du joueur, non pas dans le fait que le gagnant détient la mise du perdant (79).

Ce critérium, auquel se rallie la Jurisprudence, qu'on trouve exposé dans les conclusions de certains magistrats, est adopté par Dubois (80), et, dans une note remarquable, par Labbé (81). Cet auteur explique qu'il faut régler les conséquences de l'acte illicite en tenant compte du but de la loi violée : « C'est une question de mesure et de coordination au but... Il

(77) Paris, 27 mai 1862, D. 62. 2. 199.

(78) Req. 10 avril 1854, D. 55. 1. 211.

(79) BARBIER, concl. sous Paris, 29 nov. 1858, précité. Cparer : MERLIN « *Recueil alphabétique...* », v^o effets publics.

(80) DUBOIS, note précitée. Nous faisons allusion ici aux concl. de l'avocat général Barbier, que nous avons eu souvent l'occasion de citer. — A ces auteurs on peut joindre : DUVERGIER « *Les sommes payées en exécution...* ». Rev. de Législ. et de Jurisp. 1840, p. 584 ; BÉDARRIDES « *Traité du dol...* », t. 3, p. 382 « Nous distinguons suivant que le but que se sont proposé les parties est prohibé dans un intérêt privé ou d'ordre public ».

(81) Note au S. 81. 1. 289. On comparera aux phrases citées plus loin celles-ci, de DUVERGIER, art. cit., qui marquent la parenté des conceptions de ces deux auteurs : « On use du moyen le plus sûr pour arriver au but qu'on se propose ». Rev. de Législ. et de Jurisp. 1840, p. 584.

faut proportionner la sanction à la nature de l'intérêt lésé ».

68. Larombière propose un critérium différent, qui est destiné à un grand succès et va éclipser le précédent, en même temps qu'entraîner une évolution dans la conception de la maxime. L'acte interdit viole-t-il une disposition de la loi ou les bonnes mœurs ? Dans le deuxième cas, ou s'il y a délit, l'indignité du plaideur, la pensée de la faute qu'il a commise et qu'il avoue sans repentir fait « la Justice se voiler dans un mouvement d'indignation et de dégoût » (82). On n'écoute pas l'exposé de ses prétentions, on le repousse du prétoire. En cas d'acte illicite, ce motif ne joue plus ; le coupable n'est pas indigne et l'on peut écouter ses doléances et y faire droit. Ce critérium se rapproche beaucoup de celui que Chardon avait proposé. Larombière ne fonde pas cependant le refus d'action sur le cynisme, l'absence de repentir du demandeur, mais sur la honte de l'acte qu'il a commis. Son examen ne porte pas sur *la moralité présente*, mais sur *la moralité passée* du demandeur.

Il faut remarquer enfin que les partisans de ces différents critères sont d'accord entre eux, et avec les adversaires de la maxime, sur un point capital. Ils n'oseraient plus, comme Bozérian (83), douter de la valeur de l'utilité publique. Tous admettent qu'*au cas où elle est engagée à la répétition, elle doit l'emporter sur l'équité* (84). On ne discute plus que sur

(82) LAROMBIÈRE « *Traité théorique et pratique des obligations* », Paris 1857, t. 1, p. 333.

(83) BOZÉRIAN « *Jeux de Bourse* », art. préc. p. 179.

(84) Cf. DUBOIS, S. 74. 1. 241 note ; DRAMARD, ouvr. cit., p. 60.

la généralisation de cette affirmation, les uns prétendant que l'utilité publique est toujours engagée à la répétition, les autres limitant cet intérêt à certains cas, selon la formule du critérium qu'ils proposent.

§ 5. — *Evolution de la notion d'indignité.*
Larombière et Dramard

69. *Nouvelle conception de la maxime : elle protégerait la dignité de la magistrature.* — 70. *Justification théorique de cette conception par Dramard.*

69. La théorie adoptée par Larombière fait prévoir que, pour lui, la notion d'indignité a pris un sens nouveau et évolue vers une conception qui est bien caractéristique de la période du Second Empire et de la psychologie des magistrats de cette époque.

Les juges « *représentent les intérêts de la moralité* » (85). En chaque procès qu'ils sont appelés à trancher, c'est le Droit, c'est la Morale qui sont partie. C'est pour les faire triompher qu'eux-mêmes sont au prétoire. Dès lors, ils doivent exclure les plaideurs tarés. Quelle que soit leur décision, elle aboutirait à avantager un plaideur malhonnête. Les litiges de ces gens n'intéressent pas la Justice et les magistrats doivent s'abstenir : « C'est une question de pudeur » (86), plus qu'une question de Droit. *Ce n'est pas un principe juridique, c'est « un principe supérieur qui se rattache à la dignité de la magistrature »* (87).

(85) Conclusions précitées de l'avocat général Bécot, sous Amiens, 14 janv. 1859 : D. 59. 2. 70.

(86) LAROMBIÈRE, *ibid.*, t. 1, p. 333.

(87) AUBRY et RAU, *ouvr. préc.*, t. 4, n° 442 bis. Cf. T. PONCET, note au D. 87. 1. 465, qui voit dans le caractère honteux de la demande « un outrage à la dignité de la justice ».

Aussi la théorie de la maxime se restreint-elle, de plus en plus, aux actes contraires aux bonnes mœurs, auxquels Larombière joignait tant bien que mal les délits (88). C'est seulement en présence de ces fautes, de ces tares qu'est compréhensible « le mouvement de dégoût » dont il parle. Ailleurs, la règle *Nemo auditur* est hors de mise. Comment admettre une pareille répulsion pour un plaideur qui a fait opérer une négociation en coulisse, ou conclu un traité secret dans la cession d'un office ministériel (89) ?

Peu à peu, une théorie de la maxime s'élabore en fonction de cette idée de décence extérieure. On ne considère pas le but réel du demandeur, mais la cause sur laquelle, matériellement, il fonde sa requête. Ce refus d'action peut donc aboutir à écarter des demandes équitables : remboursement de prêt, loyers d'un immeuble. Les Tribunaux ne veulent pas le savoir ; la fin de non-recevoir qu'ils opposent est brutale : « Celui qui doit deux cents francs, mais contre lequel le créancier n'a pas de titre, peut nier sa dette » (90).

70. Dramard expose longuement cette doctrine à propos des effets de complaisance. Il accepte bien cette idée que l'intérêt de la loi permet d'alléguer sa turpitude. Ainsi le bénéficiaire d'un billet à ordre ne peut réclamer paiement du souscripteur, car il faut, avant tout, que le contrat illicite ne s'accomplisse pas (91). Mais quand l'intérêt de la loi n'est plus en question, il suffit de considérer la cause de la deman-

(88) LAROMBIÈRE, *ibid.*, p. 337.

(89) DUVERGIER, article précité, p. 582.

(90) DRAMARD, *ouvr. cité*, p. 73.

(91) *ibidem*, p. 60.

de : avant le paiement, le souscripteur peut-il se faire restituer ses billets ? S'il peut prouver qu'il les a signés pour une *fausse cause*, il en a le droit ; mais si, de cette preuve, découle, *en même temps*, celle de sa turpitude, il est repoussé (92). — S'il veut recourir après avoir payé, il ne le peut non plus (93). En effet, « il lui sera impossible de prouver que le quasi-contrat de l'art. 1376 s'est formé... Il pourra bien prouver le paiement... il lui restera à prouver qu'il ne devait pas... Or, *il ne pourra pas arriver là*, parce qu'avant il sera arrêté par l'exception de sa turpitude » (94).

On voit comment est réfuté l'argument de l'Ecole de l'Exégèse : pas d'effets aux actes nuls. La règle *Nemo auditur* est transportée dans le domaine de la *preuve*. Le coupable n'est pas admis à tirer un argument quelconque de l'acte (95). Et ainsi cet acte illícite est *anéanti* plus complètement encore que dans le système de l'Ecole de l'Exégèse. Avec Demolombe et Laurent, il pouvait valoir comme « pur fait » ; on lui gardait une certaine valeur, en faisant abstraction de sa moralité. Pour Dramard, l'acte ne vaut jamais, même en tant que *fait matériel* (96). Sitôt qu'il est allégué, le juge doit s'écarter et donner raison au possesseur. C'est lui qui a le titre le plus convain-

(92) *ibidem*, p. 69.

(93) *ibidem*, p. 73 et s.

(94) *ibidem*, p. 74 et 75. Cparer Trib. com. Epinal, 8 mars 1892, sous Nancy : 2 janvier 1893. D. 94. 2. 172.

(95) DRAMARD, *ibid.*, p. 76 « La Justice ne doit pas savoir si des sommes ont été payées... l'aveu même serait inopérant ». — Cf. Trib. Epernay, 12 juin 1886 : *Gaz. Pal.* 88. 1. 547 « C... ne peut se prévaloir de l'aveu fait par F » ; — Limoges, 30 nov. 1888 : D. 89. 2. 38.

(96) DRAMARD, *ibid.*, p. 106.

cant : « Il y a en sa faveur présomption qu'il possède légitimement » (97).

Telle est la théorie que, vers 1880, la Jurisprudence tend à ébaucher, à propos des maisons de tolérance et des effets de complaisance. C'est sous ce nouvel aspect que l'adage reparaît dans les théories de Droit. C'est une nouvelle technique, tout influencée par les arguments de l'Ecole qu'elle veut combattre, l'Ecole de l'Exégèse : elle repose sur l'inexistence absolue de l'acte illicite.

Section III. — Evolution de la Jurisprudence de 1885 à nos jours.

§ 1. *La Jurisprudence relative aux maisons de tolérance.* — § 2. *Le refus d'action dans les négociations opérées par les coulissiers.* — § 3. *L'influence des théories de l'enrichissement sans cause sur la maxime.* — § 4. *La justification théorique de l'adage.* — § 5. *La Jurisprudence depuis la guerre de 1914.*

§ 1. — *La Jurisprudence relative aux maisons de tolérance.*

71. *Apreté croissante des discussions portant sur la maxime Nemo auditur.* — 72. *Cas où l'on persiste à appliquer l'adage pour des raisons pratiques.* — 73. *Elaboration de la Jurisprudence relative aux maisons de tolérance.*

71. La période qui s'ouvre est une époque de luttes violentes. En 1887, la Jurisprudence convint que la répétition en matière de mise en société d'offices ministériels intéressait l'ordre public. Dès lors, elle abandonna, dans cette hypothèse, la maxime ou la

(97) DRAMARD, *ibid.*, p. 76.

solution de la société de fait et ordonna la remise au *statu quo ante* (1). Il fallait bien s'attendre à ce revirement car la règle *Nemo auditur* était alléguée à tort, dans cette circonstance, comme elle l'avait été dans l'affaire des traités secrets relatifs aux cessions d'offices ministériels. Néanmoins, on donna à ce deuxième échec de la maxime autant et plus de portée qu'au premier. Les discussions sur l'adage, qui s'étaient un peu éteintes, vers 1880, se ranimèrent, plus violentes que jamais (2). La lecture des jugements montre combien l'esprit des magistrats se laissa entraîner par ces querelles. Les arrêts donnent les mêmes arguments pour justifier la solution adoptée qu'au début du siècle où la maxime était indiscutée, mais, au lieu d'envisager la possibilité d'exceptions à la règle, ils concluent qu'elle est toujours illégale, toujours contraire à l'intérêt public (3).

La note que rédigea à ce propos M. Meynial (4) est d'une importance capitale dans l'histoire de l'adage. Il a indiqué brièvement, mais plus profondément que ne l'avait fait l'Ecole de l'Exégèse, tous les points faibles de la maxime. Séduits par son argumentation, de nombreux auteurs la reprirent en y apportant plus d'âpreté, moins de souplesse. La Jurisprudence y fit des emprunts aussi certains (5). De là naquit tout un

(1) Civile, 25 janvier 1887 : D. 87. 1. 465.

(2) ARBUS « *De la cause illicite* ». Thèse Montpellier, 1903, p. 166.

(3) On peut comparer à ce point de vue : Limoges, 16 avril 1845 : D. 46. 2. 191 et Trib. de la Seine, 26 juillet 1894 : *Pand. franç.* 95. 2. 282. Voir aussi les décisions, d'un ton très âpre, de Caen, 18 janv. 1888 : S. 90. 2. 97 ; et de Vervins. 21 juillet 1911, sous Amiens, 1^{er} avril 1912 : *Gaz. Pal.* 1912. 2. 136.

(4) Note au S. 90. 2. 97.

(5) Cf. note 25 de l'Introduction, *supra*, page 13.

mouvement — on dira : une « mode » (6) — contre la règle traditionnelle. Il faut avouer que cet état d'esprit, cette mentalité préconçue était peu favorable à la solution d'un problème aussi délicat que celui-là. Tandis que, vers 1880, on tendait à arriver à une conciliation, on fut rejeté dans des polémiques, qui durent encore.

72. La maxime ne se maintint plus qu'en de rares hypothèses, mais, là, les critiques n'arrivèrent pas à décider un revirement de Jurisprudence. A propos des actes contraires aux bonnes mœurs et à la morale, opérations de tenanciers de maisons de prostitution, effets de complaisance, elle demeura, sauvegardant la moralité des débats et « la dignité de la magistrature » (7). Elle semblait réservée à cette catégorie d'affaires, à tel point qu'on ne l'invoqua pas directement pour la répression des opérations effectuées en coulisse et qu'on préféra recourir à une théorie voisine, le refus d'action de l'art. 1967.

73. Durant ces dernières années du xix^e siècle, la Jurisprudence sur les maisons de tolérance se développa même considérablement (8). Les tenanciers rendus plus audacieux par les échecs successifs de l'adage essayèrent de porter leurs difficultés devant les Tribunaux.

(6) J. VALÉRY « Nullités de sociétés » (à propos de l'ouvrage de M. Hémard sur le même titre), Rev. gén. de droit, 1912, p. 555.

(7) Caen, 29 juillet 1874 : D. 75. 2. 128 ; rares sont les décisions en sens contraire : Trib. de Tunis, 5 juin 1893 : S. 94. 2. 211 ; Trib. Empire allemand, 1^{er} déc. 1891 : D. 93. 2. 12. M. CAPITANT « De la cause des obligations », p. 229, en donne une liste, à laquelle nous renvoyons.

(8) Les solutions antérieures sont rares : Paris, 30 nov. 1839 : S. 40. 2. 121 ; Trib. de paix Poitiers, 23 janv. 1860 : D. 60. 3. 40 ; Lyon, 11 juillet 1862 : S. 63. 2. 165 ; Trib. de la Seine, 5 février 1867 : D. 67. 3. 62.

Notre droit des personnes ignorant la catégorie de ces gens à profession inavouable, il fallait ou bien les accueillir, et l'on n'aurait pas vu sans scandale le règlement des procès de ce genre (9), ou bien chercher dans le droit des contrats une raison pour repousser ces litiges. La Jurisprudence n'hésita pas. La maxime *Nemo auditur s'offrait* comme un argument suffisant pour écarter ces demandes en nullités. Elle convenait bien à la pensée qui guidait les juges, puisqu'elle avait pour fondement la dignité de la magistrature. On devait seulement élargir la notion de cause illicite : les agissements des tenanciers ne sont pas immoraux en eux-mêmes, mais par leurs motifs. Dès 1874, cette extension était consacrée par la Chambre civile de la Cour de Cassation (10).

La jurisprudence relative aux maisons de tolérance contribua pour une bonne part à l'élaboration de cette théorie rigoureuse de l'indignité en justice que nous avons étudiée et qui aboutit à écarter le plaideur, non pas parce qu'il est immoral, mais parce qu'il a besoin de *chercher sa preuve dans un contrat vicié*.

Ainsi le bailleur d'une maison de tolérance est dans l'obligation de s'appuyer sur l'acte de location pour réclamer ses loyers : on ne l'écoute pas, même pour

(9) Cependant M. FOURNOT « *Le courtage matrimonial* ». Thèse, Dijon, 1908, p. 140, paraît bien s'y résoudre, et M. ARBUS, *ouvr. cité*, p. 176 voit dans cette jurisprudence « un mépris injustifié ». — C'est certainement aussi l'avis de M. NAQUET, note au S. 13. 1. 297.

(10) Civile 15 déc. 1873 : S. 74. 1. 241. — *Contra* : Paris, 13 février 1877 : S. 77. 2. 233. Cette jurisprudence est approuvée par GUILLOUARD « *Louage* », Paris 1884, t. 1, p. 78, critiquée par BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL « *Contrat de louage* », Paris, 1898, t. 1, p. 67, et par PIZE « *Essai d'une théorie sur la distinction de l'inexistence...* ». Thèse, Lyon, 1897, p. 146.

lui reconnaître le droit à une indemnité de jouissance (11). Le prêteur de fonds ne peut exiger son remboursement (12), ni celui qui a payé ses loyers d'avance (13) : comme la jouissance, la prestation des deniers est solidaire du but cherché. En s'immisçant dans le contrat, fût-ce pour y trouver la preuve d'un fait, le juge se mettrait en frais pour le seul intérêt de ces individus; sa dignité serait blessée (14). — Le coupable peut perdre même la propriété d'un meuble, sans avoir davantage de recours en justice. Telle, cette domestique d'une maison de tolérance qui n'a pu recouvrer les linges et hardes qu'elle avait laissés dans l'établissement où elle servait. Il aurait fallu examiner s'il n'y avait pas eu prêt de ces objets (15).

Cependant, quand il s'est agi des immeubles et après quelques hésitations (16), la Jurisprudence abandonna sa théorie. Les titres de propriété n'énoncent ordinairement pas la cause immorale des cessions. L'objet de cette propriété, l'immeuble, est en

(11) Cf. Uzès, 17 février 1886 : *Gaz. Pal.* 86. 1. 802 ; Dunkerque, 8 avril 1886 : *Gaz. Pal.* 86. 2. sup. 15 ; Bourges, 13 juin 1889 : *D.* 89. 5. 329 ; Rennes, 21 février 1890 : *Gaz. Pal.* 90. 1. 624 ; Trib. de la Seine, 17 juillet 1891 : *Gaz. Pal.* 91. 2. 538 ; Trib. de St-Etienne : 26 juillet 1892 : *Gaz. Pal.* 93. 1. 8 ; Limoges, 6 juin 1888 : *Gaz. Pal.* 88. 2. 268 ; Paris, 29 décembre 1899 ; *Gaz. Pal.* 1900. 1. 132 ; Toulouse, 13 mars 1927 ; *Gaz. Pal.* 1927. 1. 756. — Ces solutions ont été étendues aux maisons de jeux : Pau, 28 juin 1906 : *S.* 1907. 2. 61 ; Nice, 18 nov. 1909 : *Gaz. Pal.* 1909. 2. 626.

(12) Paris, 14 juin 1881 : *S.* 81. 2. 51 ; Req. 1^{er} avril 1895 : *D.* 95. 1. 263 ; Toulouse, 11 janvier 1926 : *Gaz. Pal.* 26. 1. 524.

(13) Paris, 30 nov. 1839 précité ; *Contra* : Cour de Milan, 20 octobre 1897 (note de A. Wahl) : *S.* 98. 4. 1 ; cf. GUILLOUARD « *Contrat du louage* », t. 1. p. 78.

(14) Caen, 29 juillet 1874, précité.

(15) Limoges, 30 novembre 1888 : *D.* 89. 2. 38 ; cf. : Uzès, 17 février 1886 précité ; Riom, 30 novembre 1893 : *S.* 94. 2. 75.

(16) Un arrêt d'Alger, 9 mai 1894 : *D.* 95. 2. 21, consacrait la perte d'une propriété immobilière.

soi indépendant de l'usage auquel il est affecté (17). On peut donc en connaître rigoureusement, ainsi que des contrats qui y sont directement relatifs, sans entrer dans l'examen de faits immoraux (18).

Cette sanction du refus d'action constitue pratiquement un vrai « déni de justice » (19). Le droit revendiqué existe ; le but de l'action peut même être honnête en soi — reprendre ses linges et hardes —, il est impossible de les faire valoir. Et ce qui surprend, c'est que ces rigueurs ont pour résultat indirect, mais certain, d'avantager le complice qui est en possession. On conçoit sans peine que des critiques se soient élevées rapidement contre cette Jurisprudence.

§ 2. — *Le refus d'action dans les négociations opérées par les coulissiers.*

74. *Interprétation de l'arrêt du Conseil du Roi de 1724.* —
75. *Evolution de la Jurisprudence après la loi de 1885.*

74. A la même époque, un grand nombre de procès affluaient devant les Tribunaux, qui nécessitaient un peu la même réglementation, quoique revêtant un caractère tout différent. Les négociations de valeurs de Bourse, effectuées par les coulissiers, lorsqu'elles portent sur des titres cotés officiellement, tombent

(17) Trib. de Joigny : 2 août 1888 : D. 90. 2. 189.
(18) Caen, 29 juillet 1874 précité ; Rennes, 21 février 1890 précité ; Trib. de St-Etienne, 26 juillet 1892 précité ; Trib. Alger, 15 novembre 1893 : D. 94. 2. 528 ; Paris, 29 décembre 1899 précité. — Quant aux contrats directement relatifs à l'immeuble, cf., pour l'assurance, Trib. Compiègne, 13 février 1901 : *Gaz. Pal.* 1901. 2. 644, et *infra*, p. 217 note 71.
(19) *M. P.*, note au D. 1911. 1. 382.

sous le coup de l'art. 76 du Code de Commerce et de pénalités prononcées par d'anciens textes. Jusqu'en 1879, l'art. 76 n'édicant pas la nullité, on se contentait pour sanction de la poursuite correctionnelle (20). Mais elle paraissait si grave qu'on n'y recourait pas et qu'en réalité les opérations en coulisse demeuraient impunies.

On songea à ce moment à prononcer la nullité de ces négociations, sanction qui semblait d'un emploi plus pratique (21). Et pour la fonder, à défaut de l'art. 76, on recourut à un texte de l'Ancien Droit (arrêt du Conseil du Roi du 24 septembre 1724), qui faisait « défense à tous huissiers et sergents de donner aucune assignation sur icelles (les négociations illicites),... à tous juges de prononcer aucun jugement » (22).

La conséquence à tirer de ce texte ne faisait pas difficulté, quand l'opération n'était pas effectuée. Le client ni le coulissier n'étaient obligés. Mais, quand on se trouvait en présence d'une négociation terminée, quelle conséquence devait-on déduire de l'arrêt de 1724 ? Comme le contrat était simplement illicite, on songea d'abord à remettre les parties dans l'état de fait antérieur. Un tribunal fit répéter les titres et restituer l'argent (23). Rien de moins équitable. Quand un client demande la nullité d'une telle opération, c'est le plus souvent parce qu'il a fait une mau-

(20) A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE et H. LÉVY-ULMANN « *La négociation de valeurs cotées...* » Ann. droit com. 1896, p. 118.

(21) Aix, 27 nov. 1879, et Req. 28 février 1881 avec rapport du conseiller T. Crépon et note de Labbé : S. 81. 1. 289 ; Trib. Annecy, 18 août 1882, *Gaz. Pal.* 82-83. 2. 108.

(22) A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE et H. LÉVY-ULMANN, art. cité, p. 122.

(23) Toulouse, 2 août 1882, D. 83. 2. 82 ; Lyon, 19 juin 1883 : D. 85. 2. 185.

vaïse affaire et qu'il désire rentrer soit en possession de ses valeurs, s'il est vendeur, soit en possession de son argent, s'il est acheteur. De plus, on remettait en question toutes les négociations effectuées depuis trente ans (24). Au lieu de stabiliser le marché des valeurs, on y jetait le trouble le plus complet. Les auteurs qui croyaient cette solution seule légale ne manquaient pas eux-mêmes de signaler les fâcheuses conséquences auxquelles elle aboutissait (25).

Une décision (26) admet alors que l'arrêt de 1724 prononce un refus d'action analogue à celui des art. 1965-1967. Du moment qu'il interdit que les juges prononcent « aucun jugement »; il repousse toute demande, aussi bien pour l'exécution que pour la répétition : qu'on cherche à tirer les conséquences de la nullité, ou qu'on veuille faire exécuter l'obligation, c'est bien toujours *un jugement* qu'il faut faire prononcer, et c'est ce qu'interdit le texte de 1724 (27). Cette interprétation de l'arrêt du Conseil du roi était strictement littérale ; mais il est certain que ses rédacteurs n'y avaient pas pensé, pas plus qu'on n'y avait pensé pendant un siècle. On l'adoptait comme une « trouvaille » (28), parce qu'elle aboutissait à des résultats souhaités (29).

(24) A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE et H. LÉVY-ULMANN, art. cité, p. 120.

(25) E. BAILLY « *La nullité des opérations de Bourse...* » Ann. de Droit com. 1886, p. 218.

(26) Civile, 12 avril 1885 : D. 85. 1. 249 ; Civile, 25 juin 1885 : S. 85. 1. 249.

(27) C'est l'interprétation de A. BUCHÈRE « *Traité théorique et pratique des opérations de Bourse* », Paris. 1892, p. 109, de T. CRÉPON « *De la négociation des effets publics* », Paris, 1886, p. 65 : Cf. A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE et H. LÉVY-ULMANN, art. cité, p. 122.

(28) LYON-CAEN et RENAULT « *Traité de droit commercial* », 4^e éd., Paris, 1907, p. 768, du t. IV.

(29) A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE et H. LÉVY-ULMANN, art. cité, p. 137 ; LYON-CAEN et RENAULT, *ibid.*, p. 767 ; GUIRAUDET « *Essai sur la maxime...* » Thèse, Dijon, 1913, p. 42.

Restait à la compléter sur un point. Pour que ce refus d'action fût justifié, il était équitable que les parties aient connu et voulu l'illicéité de leur opération. On n'applique une sanction qu'à ceux que l'on reconnaît coupables. Malheureusement, l'arrêt de 1724 ne prêtait à aucune interprétation de ce genre. C'était, au contraire, la conséquence directe de la maxime *Nemo auditur* (30) et des arrêts l'alléguant déjà pour motiver leurs décisions (31). Lequel choisir de ces deux textes ? Il parut déplacé d'invoquer la règle *Nemo auditur* dans une opération par coulissier : comment croire à la « turpitude » des parties (32) ? Et comme l'adage était tout à fait discuté, il n'offrait pas une base assez solide pour appuyer une Jurisprudence (33). On préféra donc sous-entendre, dans l'arrêt de 1724, cette disposition que les parties doivent avoir agi « en connaissance de cause ».

75. La loi de 1885 compliqua la situation en abrogeant les anciens textes relatifs aux négociations de marchés à terme. L'arrêt de 1724 n'était-il pas compris dans cette abrogation (34) ? Celui du 26 novembre 1781, auquel on aurait pu recourir à sa place,

(30) ARBUS, *ouv. cit.*, p. 161 ; A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE et H. LÉVY-ULMANN, *art. cit.*, p. 125 ; M. LACOUR, note aux *Pand. franç.* : 1898. 1. 337 ; « *Précis de droit commercial* », t. 2, p. 328 et « *Le commissionnaire contrepartiste...* ». *Ann. droit com.* 1908, p. 181 et 182 ; J. OLIVIER « *De la sanction des obligations illicites* », Thèse, Paris, 1904, p. 66 ; GUIRAUDET, *ouv. cit.*, p. 43.

(31) Trib. Toulouse, 15 décembre 1884, *Gaz. Pal.* 85. 1. sup. 117 ; et même Lyon, 2 juillet 1885 : *D.* 88. 1. 311 (sous Req. 8 juin 1888). Cf., plus tard : Aix 28 février 1894 : *S.* 97. 1. 386 (sous Req. 9 déc. 1895).

(32) A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE et H. LÉVY-ULMANN, *art. cit.*, p. 138.

(33) ARBUS, *ouv. cit.*, p. 161.

(34) En ce sens, A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE et H. LÉVY-ULMANN, *art. cit.*, p. 137 ; A. WAHL, note au *S.* 97. 1. 386. *Contra* E. COHENY et A. DARRAS, sous l'art. 76 (n° 68) « *Code de commerce annoté* ».

n'avait-il pas subi le même sort (35) ? La Jurisprudence donna alors une nouvelle base à ses décisions; et, plutôt que de revenir à l'adage *Nemo auditur*, elle se fonda sur les art. 1965-1967, dont elle avait déjà déduit un refus d'action analogue (36). La présence de l'agent de change garantit la sincérité et la bonne foi des opérations de Bourse. Il y a une présomption de fraude pour toutes celles qui sont négociées par l'intermédiaire de coulissiers (37).

Là encore, la valeur de la Jurisprudence était toute pratique. Elle empêchait de porter atteinte à la foi de contrats loyalement conclus, de troubler le marché des valeurs (38), mais il était étrange d'étendre les art. 1965-1967 par des présomptions, au moment où la loi de 1885 venait de restreindre considérablement leur application (39).

§ 3. — *L'influence des théories de l'enrichissement sans cause sur la maxime.*

76. Nouvelle conception de la théorie des nullités. — 77. Importance croissante qu'on veut donner aux considérations d'ordre moral dans le règlement des actes illicites. — 78. Evolution de la maxime dans un sens plus moral : la note de M. Naquet. — 79. (suite du précédent) : la Jurisprudence.

76. Les adversaires de la maxime n'attaquèrent pas la Jurisprudence relative aux opérations par coulis-

(35) A. WAHL, Note au S. 97. 1. 386.

(36) H. CAPITANT, *ouv. cit.*, p. 242 (note 1).

(37) Paris, 28 décembre 1905 : *Pand. franç.*, 1906. 2. 145, et *Gaz. Pal.* 1906. 1. 551.

(38) A. WAHL, *ibidem*.

(39) A. WAHL, *ibidem*. Cf. M. CHÉRON : Note au D. 1914. 1. 13.

siers. Discutable dans son fondement, elle ne l'était pas dans ses résultats. On la regarda comme une production hybride, de portée toute restreinte à l'art. 76 (40). Il n'en fut pas de même pour les décisions qui repoussaient les tenanciers des maisons de tolérance. On y vit « le suprême retranchement » (41) de la maxime, qu'on essaya d'emporter de haute lutte.

Ce combat, chose curieuse, n'est plus mené par les tenants de l'Ecole de l'Exégèse, mais par une Ecole opposée qui ne leur ménage pas ses critiques et se réclame de plus de souplesse, de plus d'équité dans l'interprétation. Elle s'en prend à la théorie des nullités, telle que l'avaient édifiée Demolombe et Laurent, et découvre judicieusement les défauts de cette construction systématique, mais oublieuse des réalités. La nullité, dit-elle, doit être organisée conformément à son but et au milieu dans lequel elle est appelée à jouer (42). Entre les intérêts attachés à l'état de fait consécutif à l'acte illicite et les intérêts protégés par la nullité, rien n'indique *a priori* lesquels doivent être sacrifiés: « C'est une sorte d'équilibre que la loi a voulu organiser » (43) et qu'on apprécie « *in concreto* ».

77. Puisque ces auteurs n'envisagent plus la remise au *statu quo ante* comme un idéal nécessaire, il semblerait qu'ils doivent accepter facilement la maxime: dans les faits que l'on appréciera, la considération de

(40) M. LACOUR, notes aux *Pand. franç.* 98. 1. 137, et D. 1906. 2. 17.

(41) J. HÉMAR, *Théorie et pratique des nullités de sociétés*, Paris, 1926, 2^e éd., p. 82.

(42) M. JAPIOT, *ouvr. cité*, p. 13 ; M. PIÉDELIEVRE, « *Des effets produits par les actes nuls* », Thèse, Paris, 1911, p. 365.

(43) M. PIÉDELIEVRE, *ouvr. cité*, p. 366.

la dignité du demandeur ne peut-elle trouver une place? Rien ne s'y oppose absolument (44). La résistance qu'entreprennent ces auteurs ne vient pas d'une exigence de la logique. On ne reproche plus à la règle d'être illégale, on sait que tout le droit n'est pas contenu dans le Code. A cette maxime, devenue uniquement morale, on reproche son *immoralité* (45).

Comme le remarque Bufnoir, en effet (46), l'adage consacre un enrichissement sans cause, il aurait pu ajouter, un enrichissement illicite. Celui qui est en possession réalise un gain certain, s'il n'a pas déjà livré sa prestation. Il est vrai qu'un reproche analogue pourrait être adressé à la théorie de la répétition. Elle donne au débiteur la liberté de rompre un marché, devenu désavantageux pour lui (47), ou même de se faire restituer sans avoir à rendre, si la prestation qu'on lui a donnée n'est pas susceptible d'être répétée.

Aussi, divers auteurs entendaient bien ne pas se résoudre à un parti plutôt qu'à l'autre et proposaient d'autres solutions pour rendre plus équitable le règlement des conséquences de l'acte illicite. Ils se tour-

(44) M. G. COHENY (« Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité », Rev. Trim. de Droit civil, 1914, p. 46 et s.), tout en partageant, au moins en partie, ces théories, fait une très large place à cette considération de la dignité du demandeur et adopte la règle *Nemo auditur*.

(45) J. RAYNAL, « Etude sur les conventions immorales », Thèse, Paris, 1900 : « C'est au nom de la morale que nous repoussons le système de la Jurisprudence », p. 157 ; *Contra* : WAGNER, « La nullité de la cause illicite », Thèse, Paris, 1900, p. 175 ; OLIVIER, *ouvr. cit.*, p. 90.

(46) BUFNOIR, « Propriété et contrat », Paris, 1900, p. 656 ; Cf. DELSOL, « Explication élémentaire du Code civil », 3^e éd., Paris, 1878, t. 3, p. 416 ; MARCADÉ, « Explication théorique et pratique du Code civil », t. 4, p. 400 ; PIZE, *ouvr. cit.*, p. 207 ; PIEDELIÈVRE, *ouvr. cit.*, p. 267 ; ARTHUYS, « Traité des sociétés commerciales », Paris, 1916, 3^e éd., t. 1, p. 100 ; M. P., note au D. 11. 1. 382.

(47) A. WAGNER, *ouvr. cit.*, p. 105.

naient de préférence vers la confiscation (48). M. Raynal adoptait un système mixte (49). Il conservait la répétition en cas d'obligation de donner et admettait la confiscation en cas d'obligation de faire. La Jurisprudence paraissait elle-même vouloir parfois corriger ce qu'avait de défectueux la répétition, par l'admission de dommages-intérêts (50).

78. Une fois encore, ces critiques, ces tendances d'équité ont fait évoluer la maxime. Plusieurs auteurs proposent une nouvelle interprétation de l'adage: il deviendrait un procédé pour empêcher l'enrichissement injuste à la suite d'un acte illicite. Celui qui allègue sa turpitude, n'est-ce pas au fond celui qui veut s'enrichir sans cause à la suite d'un contrat illicite, plus encore que celui qui fonde sa prétention sur un contrat vicié? La rédaction d'une demande est quelque chose de fortuit; de pures circonstances permettent ou interdisent telle ou telle forme. D'une conception *matérielle* de l'indignité, on veut retourner à une autre plus souple, plus *équitable*: on ne s'arrêtera pas à l'apparence, on repoussera le plus *cynique*, c'est-à-dire celui qui discute pour réaliser un gain, au profit de celui qui cherche à éviter un dommage.

Singulière et brusque évolution, qui peut se réclamer de la Tradition, celle des Bartolistes. Déjà, à la fin du XIX^e siècle, M. Wahl indiquait, en matière de prêt, que celui qui fonde son droit sur sa turpitude,

(48) A. WAGNER, *ouvr. cité*, p. 105 ; M. ARBUS, *ouvr. cité*, p. 192.

(49) J. RAYNAL, *ouvr. cité*, p. 163.

(50) Trib. Com. Seine, 13 décembre 1897 : *Gaz. Trib.*, 1898, 1^{er} sem., 2, 298 ; Rouen, 24 décembre 1901 : D. 1902 2. 398.

ce n'est pas le prêteur, mais l'emprunteur qui veut garder les deniers sans cause (51). M. Naquet développe cette idée et il expose en 1913 toute une théorie de la maxime conçue dans ce sens (52).

A le lire, on voit combien on est éloigné des préoccupations qui sollicitaient l'attention au XIX^e siècle. L'argument de texte le laisse froid. La « dignité de la magistrature » le fait sourire: « Ce ne sont que des mots » (53). L'intérêt de l'ordre public lui paraît moins primordial, moins engagé dans la question, peut-être. Il craint plutôt que, sous prétexte de répétition, on ne fasse droit à des demandes intéressées, immorales. Et d'après les exemples cités, on voit bien qu'il juge scandaleuses les restitutions qui aboutissent à un enrichissement sans cause, tout au moins, *celles qui violent la foi promise au contrat*. Il accepte l'adage en cas de « *pretium stupri* », en cas de trafic d'influence ou de billets de complaisance. Le coupable veut revenir sur la parole donnée; après avoir excité quelqu'un au mal par l'appât d'un gain, il cherche à le lui reprendre (54). Pour le même motif, Naquet accepterait volontiers la règle *Nemo auditur* en matière de cessions d'offices ministériels. Mais il la rejette sans hésitation, quand elle aboutit à délier

(51) A. WAHL et BAUDRY-LACANTINERIE, *à De la société, du prêt, du dépôt*, p. 340. Cf. Trib. com. Seine, 22 juin 1888 : *Gaz. Pal.* 88. 2. 294.

(52) Note au S. 13. 1. 297.

(53) Ibidem ; déjà M. RAYNAL, *ouv. cité*, p. 119, se montrait sceptique sur cet argument. Mais cet auteur (note au D. 1904. 2. 448) se montre plus respectueux du texte, plus soumis à l'inspiration de l'Ecole de l'Exégèse, que M. Naquet. Un jugement a cru bon de réfuter avec un grand luxe d'arguments cette conception de la dignité de la magistrature : Vervins, 21 juillet 1911, sous Amiens, 1^{er} avril 1912 : *Gaz. Pal.*, 12. 2. 136.

(54) Cependant, il est surprenant que M. Naquet ne repousse pas la maxime dans l'hypothèse des effets de complaisance, puisque dans ce cas, il y aura bien enrichissement indu. M. Naquet paraît pousser loin le mépris de ceux qui se livrent à ce trafic. Cf. la note suivante.

des obligations contractuelles, ainsi dans les contrats relatifs aux maisons de tolérance (55).

On voit comment toute la tradition jurisprudentielle est renversée dans cette théorie de M. Naquet. Partant de ce principe que l'équité veut qu'on respecte les engagements contractés, principe tout moral, il néglige les autres points de vue et les réalités pratiques. La maxime est étendue à des cas d'où on l'a définitivement évincée : trafics d'influence, contre-lettres dans les cessions d'offices ministériels. Elle est repoussée dans les hypothèses qui constituent son domaine propre : les conventions relatives aux maisons de débauche.

Sans aller si loin dans le paradoxe que M. Naquet, bien des esprits entraînent un peu dans ces tendances et, si la maxime connut, dans les premières années du xx^e siècle, quelque succès, ce fut à propos d'hypothèses où elle produisait un effet très moral et faisait respecter le contrat (*pretium stupri*) : « Il serait choquant, dit quelqu'un, d'accorder la répétition à celui qui a profité de l'exécution... La police n'a pas intérêt à ce que les habiles aient l'avantage gratuit » (56).

79. La Jurisprudence résista davantage à ces tendances et l'essentiel de la Tradition fut maintenu. Certains soucis d'équité amenèrent cependant les juges à limiter le rôle de la maxime. En matière d'effets de complaisance, ils admirent quelquefois la

(55) Il est piquant de constater que M. Naquet juge « indignes » les commerçants qui signent des traites fictives, mais non pas les tenanciers de tripot.

(56) Observations, sous Paris, 31 décembre 1903 ; *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 723.

répétition (57) et ils cessèrent de considérer comme illicite tout effet où le tiré a su qu'il s'engageait, sans que la provision existât réellement (58). Pour les contrats relatifs aux maisons de tolérance, ils limitèrent le refus d'action aux conventions qui ont pour objet « la création, le maintien, l'exploitation » (59) de ce commerce. Les contrats relatifs à l'immeuble lui-même, aux fournitures journalières furent reconnus valables (60). Et il n'y a pas de doute, quand on lit les arrêts, que la préoccupation d'éviter l'enrichissement injuste du tenancier, du tireur, a contribué à faire adopter ces mesures (61).

On n'alla pas plus loin dans cette voie, et lorsque le contrat avait vraiment été motivé par un sentiment immoral, on n'acquiesça pas aux raisons d'équité (62). L'influence de ces considérations ne se dessinera vraiment qu'après la guerre de 1914.

§. 4. — *La justification théorique de l'adage.*

80. *Les théories de M. Saleilles.* — 81. *Essai d'une nouvelle interprétation de l'article 1131 pour fonder la règle Nemo auditur.*

80. Le mouvement des idées dans les études de Droit, qui marqua la fin du XIX^e siècle, provoqua non

(57) Amiens, 9 janvier 1903 : D. 1904. 2. 449 (note Raynal). M. THALLER avait proposé de tenir compte de l'enrichissement indu dans le règlement de ces actes illicites : note au D. 97. 2. 385. Dans ce sens, CAZAL, « *Etude... des actes simulés* », Thèse Montpellier, 1897, p. 143, et surtout M. PERRAUD, « *Des effets de complaisance* », Ann. de droit com. 1905, p. 10.

(58) C'est la conclusion qui nous paraît se déduire de l'arrêt Req. 17 novembre 1909. D. 1912. 1. 281. On verra plus loin (*infra*, p. 225, note 99) que l'interprétation de cet arrêt a soulevé des controverses.

(59) Req. 4 mai 1903 : S. 1904. 1. 509.

(60) Du moins, quand leur cause juridique n'apparaissait pas viciée. Cf. par exemple l'arrêt cité à la note précédente et un jugement du Trib. de Saint-Etienne, 20 avril 1899 : Gaz. Pal. 99. 1. 604.

(61) Cf. Trib. de com. Seine, 22 juin 1888 : Gaz. Pal. 88. 2. 294 ; Trib. de com. de Saint-Etienne, 20 avril 1899 précit. ; Rouen : 24 juin 1901 : Gaz. Pal. 1901. 2. 477.

(62) « de prétendue équité » dit la Cour de Paris, 12 juin 1912 : Gaz. Pal. 1912. 2. 33 ; Cf. Req. 15 mars 1911 : D. 11. 1. 382.

seulement de nouvelles observations sur le résultat pratique de la maxime, mais encore des remarques originales sur le fondement juridique de cette règle.

L'influence des théories de l'enrichissement sans cause est sensible dans la doctrine de M. Saleilles (63). Pour légitimer le maintien des prestations, il en vient à nier cet enrichissement. Pour lui, il n'y a pas de répétition *parce qu'il n'y a pas d'acquisition sans cause*. Le plaideur a consenti au contrat, sachant très bien qu'il ne pourrait obtenir par voie de justice la contre-prestation promise; il a tenté la chance : « Il est censé avoir fait une sorte de contrat aléatoire » (64). Si l'évènement lui a été contraire, il a dû le prévoir, il ne peut se plaindre de rien: la chance courue « est la véritable cause qui justifie le maintien de la contre-prestation (65) ».

Cette théorie, qui fut peut-être un peu celle des Rédacteurs de l'article 1967 (66), heurtait de front des principes reconnus. La volonté appliquée à un objet illicite n'a aucun effet ; si elle ne suffit pas à maintenir un contrat pur et simple, comment maintiendrait-elle un contrat aléatoire? La chance d'obtenir une prestation illicite, la partie contractante n'avait pas le droit de la courir, et il lui reste après ce pacte les mêmes facultés qu'après un pacte pur et simple (67).

(63) R. SALEILLES, « *Etude sur la théorie générale de l'obligation* », 3^e éd., Paris, 1914, p. 465 et s.

(64) R. SALEILLES, *ibid.*, p. 468.

(65) *ibidem*.

(66) Cf. les paroles de Duveyrier au Corps Législatif (séance du 19 ventôse an XII) ; LOCRÉ, *ouvr. cité*, t. 15, p. 200 « Ce qu'il a perdu, ne voulait-il pas le gagner ? »

(67) En ce sens, RAYNAL. *Note au D.* 1904. 2. 448.

81. On ne s'est donc pas rallié à l'opinion de Saleilles et, sans penser à nier l'enrichissement indu, on a cherché ailleurs la justification de la maxime. Dès les premières années du XIX^e siècle, cette question avait été agitée à propos de l'article 1131 : la répétition est-elle ou n'est-elle pas un effet du contrat ? doit-elle ou non être repoussée, en règle générale ? L'affaire des offices ministériels, en proposant une question brûlante à résoudre, avait contribué à faire admettre une solution *a priori*, qui s'imposait pratiquement. On avait déclaré que l'article 1133, joint à l'article 1235, obligeait à admettre la répétition. Ce raisonnement ayant été accepté comme irréfutable, la maxime ne pouvait plus se maintenir que comme « un principe d'ordre supérieur » et non comme une conséquence de l'article 1131 (68).

On s'aperçoit qu'à la fin du XIX^e siècle, le prestige de ce raisonnement commence à tomber et que certains auteurs et tribunaux retrouvent vaguement dans l'article 1131 le fondement de l'adage. Parler d'un fait « sans cause » à propos du fait illicite, comme Demolombe et Laurent, c'est abuser de l'abstraction. Le fait a une cause, et le coupable le sait bien. C'est une faveur qu'on accepte de l'oublier, en certains cas touchant à l'intérêt public ; on ne voit pas pourquoi le juge serait en devoir de faire toujours le jeu du même plaideur (69). C'est ce que doit avouer M. Gui-

(68) C'est ainsi que l'acceptaient Aubry et Rau, Larombière. Voir *supra*, p. 127.

(69) Les auteurs qui voient dans la répétition une conséquence nécessaire de la nullité oublient ces réalités pratiques. Ainsi M. CHARMONT, « *Peut-on répéter la somme payée* », *Rev. crit.* 1899, p. 77 ; M. MACHA-VOINE, « *Des contre lettres...* », Thèse Paris, 1902, p. 123 ; L. DUBREUIL, « *Des mobiles dans les contrats* », Thèse Lyon 1909, p. 70. M. COHENY met au contraire en lumière ce point de vue pratique : *art. cité*, p. 46.

raudet: « Moralement parlant, la nullité découle de la turpitude » (70).

La Jurisprudence n'est pas moins active. Elle relève quelques arguments d'autrefois, qui ne sont pas des meilleurs: « L'obligation de restituer dérive du paiement fait en exécution de l'achat, cause illicite » (71). Quelquefois elle essaye un raisonnement nouveau: « T... devrait établir la non existence de la convention, tandis qu'au contraire il soutient que son action prend naissance dans l'inexécution de cette convention » (72). Qu'est-ce à dire, sinon que T... ne peut pas faire abstraction des raisons qui l'ont conduit à contracter? Pour faire valoir ses droits, il est obligé de prouver clairement qu'il a bien entendu accomplir un acte illicite, dont la réalisation serait chose faite, s'il n'avait tenu qu'à lui. Dès lors, *sa prétention devient suspecte*. Dans ce raisonnement du Tribunal de commerce d'Epinal, il y a l'idée que la Justice ne peut pas négliger les circonstances concrètes de la demande: les conséquences de l'acte illicite ne peuvent pas être réglées comme celles de l'acte sans cause.

La discussion ne fut pas poussée plus avant, et dans les autres cas où les tribunaux ont voulu appliquer la répétition, ils ont persévéré dans leur interprétation que la cause nulle équivaut à l'acte illicite, sans donner plus d'explications (73). La question reste donc

(70) Ouvr. cité, p. 71. Voir aussi WAGNER, ouvr. cité, p. 96.

(71) Bruxelles : 27 mai 1886. *Gaz. Pal.* 87. 1. sup. 29.

(72) Trib. com. Epinal, 8 mars 1892, sous Nancy, 2 janv. 1893 : D. 94. 2. 172 et S. 94. 2. 206. Cf. Amiens, 1^{er} avril 1912 : *Gaz. Pal.* 1912. 2. 136. On retrouve ici l'influence du raisonnement de Dramard étudié supra, p. 128.

(73) Par exemple, Paris, 12 juin 1912 : *Gaz. Pal.* 12. 2. 33 ; Pau, 30 juillet 1913 : D. 14. 2. 120.

posée; les deux interprétations de l'article 1131 coexistent, sans qu'on justifie cette dualité. La jurisprudence adopte tantôt l'une, tantôt l'autre, en se fiant à son sens des circonstances. De là, le malaise, le mystère qui plane sur l'application respective de l'adage et de la répétition.

§. 5. — *La jurisprudence depuis la guerre de 1914.*

82. Application de la maxime en matière de fraude fiscale. —

83. Influence des préoccupations d'ordre moral sur l'interprétation doctrinale de la maxime. — 84. Maintien des explications traditionnelles dans la théorie de M. Ripert. — 85. Orientation nouvelle de la Jurisprudence.

82. Les événements survenus depuis 1914 n'ont pas marqué une évolution importante. La loi de 1912 a seulement donné l'occasion de quelques applications inadmissibles de la règle *Nemo auditur*, pour empêcher une restitution injuste (74).

83. Les préoccupations morales et la théorie de l'enrichissement sans cause pèsent de plus en plus lourdement sur les destinées de la maxime (75). Quelques-uns, suivant un peu le mouvement lancé par Naquet, s'efforcent de proposer de l'adage « un sens différent de celui qui est généralement donné » (76). Ainsi, M. Savatier ne saurait admettre la jurispru-

(74) Voir par exemple : Trib. de Tulle, 19 juillet 1924 : *Gaz. Pal.* 1924. 2. 362 ; Trib. de Digne, 23 juillet 1925, *Gaz. Trib.* 1927. 2. 309.

(75) Chez les partisans de la maxime, voir les déclarations de M. TZARANO, « *Etude sur la règle...* », p. 111. Chez les adversaires de la règle, voir l'argumentation de M. SIOUFI, « *Etude sur le critérium...* », p. 213.

(76) R. SAVATIER, « *Des effets et de la sanction du devoir moral* », Thèse, Poitiers, 1916, p. 439.

dence relative aux maisons de tolérance (77) et il pense qu'en réalité c'est l'acheteur se refusant à restituer qui « invoque l'acte honteux », tandis que celui qui demande la répétition ne se fonde « nullement sur le contrat immoral, mais sur sa propriété ou sur l'enrichissement sans cause » (78). Pour lui, celui qui allègue sa turpitude, c'est celui qui veut, d'une façon ou d'une autre, se faire attribuer un gain injuste.

M. Louis-Lucas est arrivé aux mêmes conclusions générales. La maxime lui sert à éviter une répétition qui troublerait l'équilibre des causes. D'après lui, « l'obligation de restituer est inexistante, parce que le paiement effectué est véritablement une contre-prestation » (79).

M. Maury a constaté la lutte entre le principe de la maxime et celui de l'enrichissement indu, et s'il ne sacrifie pas l'un à l'autre aussi nettement que M. Louis-Lucas, il note, à propos de quelques hypothèses que la notion morale de l'« enrichissement injuste » l'emporte (80).

84. Malgré tout, la maxime, conçue dans son sens traditionnel, trouve encore d'éminents défenseurs (81). C'est elle que M. G. Ripert a décrite dans

(77) *ibidem*, p. 440.

(78) R. SAVATIER, note au D. 22. 2. 34.

(79) P. LOUIS-LUCAS, « *Volonté et cause* », Thèse Dijon, 1918, p. 208. Voir aussi p. 153. Si nous ne faisons erreur, les théories de M. Louis-Lucas le conduiront à appliquer la maxime beaucoup plus fréquemment que M. Savatier : pour celui-ci, l'adage garde un caractère exceptionnel.

(80) J. MAURY, « *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence* », Thèse Toulouse, 1920, t. 2, p. 22.

(81) Il semble que M. CAPITANT, « *De la cause...* », p. 238 et s., accepte l'adage dans une limite restreinte (contrats relatifs aux maisons de tolérance).

son livre « *La règle morale* » (82). Contrairement aux précédents auteurs, il accepte — en le regrettant — ce qu'il y a d'arbitraire dans l'application de l'adage : le profit réalisé par un coupable à propos de son acte illicite (83). Mais si l'on veut préserver la moralité des demandes en justice, il faut bien accepter ce résultat. Il refuse l'action quand « se manifestera un lien entre l'indignité du demandeur et l'action à intenter, lien de nature telle que l'action naîtrait, si elle était recevable, de l'acte immoral lui-même » (84). Détail important, ce lien n'est pas conçu par lui d'une manière matérielle. Suivant le repentir du coupable ou son cynisme, l'action est ou non un effet de la turpitude (85). Ce qui rend indigne, ce n'est pas la défaillance passée, c'est *l'absence de repentir actuel*. On ne repousse pas les plaideurs par une sorte de pudeur, mais parce qu'il est scandaleux que la nullité joue selon les intérêts et au gré du coupable. Ainsi que dans le cas d'abus du droit, *il serait immoral que le droit subvînt à celui qui en use méchamment* (86).

85. Quant à la Jurisprudence récente, elle commence à subir directement l'influence de la théorie de l'enrichissement sans cause. Un jugement a refusé l'expulsion d'un locataire d'une maison de tolérance parce que celui-ci avait payé d'avance des loyers élevés (87), un autre a obligé l'acheteur d'un tripot à

(82) p. 175 et s.

(83) G. RIPERT « *La règle morale* », p. 186.

(84) *ibidem*, p. 176.

(85) *ibidem*, p. 183.

(86) M. Ripert est le premier auteur qui signale la parenté de ces deux théories, *ibid.* p. 182.

(87) Trib. civil des Bouches-du-Rhône, 23 mai 1928 : D. II. 1928. 410 et *Gaz. Pal.* 28. 2. 577.

payer le mobilier qu'il avait acquis (88). Un troisième a proclamé que répétition et maxime ne jouaient que pour donner des solutions équitables et éviter des enrichissements indus (89). Mais il ne faut pas conclure trop vite. La Chambre des Requêtes, en 1927, a nettement maintenu le point de vue traditionnel et rejeté la considération qu'on aboutissait à un enrichissement sans cause (90). Elle l'a fait avec une certaine insistance, qui tendrait à rendre peu vraisemblable un revirement de sa part.

Dans la Doctrine, comme dans la Jurisprudence, nous nous trouvons à une période critique. Les décisions sont contradictoires; des orientations nouvelles se dessinent. Le sens, le fondement, la portée de la règle *Nemo auditur* sont discutés. La théorie de la maxime n'est pas faite, elle s'élabore chaque jour par l'apport des décisions judiciaires et les études des juristes. De la part des Tribunaux, c'est un travail d'adaptation minutieuse aux besoins pratiques et aux aspirations de l'équité; de la part des auteurs, c'est une œuvre de systématisation pour définir ces règles précises qui sont nécessaires à la stabilité des relations juridiques.

(88) Poitiers, 8 février 1922 : D. 1922. 2. 34. Cf. dans une hypothèse analogue : Aix, 28 février 1923 : *Gaz. Pal.* 23. 1. 759, arrêt qui, selon G. SIOUFFI, ouvr. cité, p. 257, marque une « étape » dans la Jurisprudence.

(89) Trib. Digne, 23 juillet 1925 précité « Le principe de la répétition n'intervient que pour éviter l'enrichissement sans cause... la répétition sera repoussée... toutes les fois qu'elle aboutirait à un enrichissement sans cause »

(90) Req. 25 octobre 1927 : *Gaz. Pal.* (journal quotidien), 1^{er} décembre 1927.

Conclusion

86. Valeur des considérations théoriques alléguées à propos de la règle *Nemo auditur*. — **87.** Valeur des solutions pratiques qui ont été adoptées en cette matière. — **88.** Méthode à suivre dans l'élaboration d'une théorie de la règle *Nemo auditur*.

86. L'impression qui se dégage de l'étude des Sources de la maxime *Nemo auditur* n'est pas des plus claires. Ce que l'on aperçoit en premier lieu, c'est le rôle considérable, exagéré, que les théories ont joué dans l'élaboration du sens et des règles de l'adage.

Dès le droit romain, cette influence est évidente. Paul, Ulpien élaborèrent un système qui ne manquait pas de rigueur, celui que le Digeste nous a transmis plus ou moins modifié dans le titre « *de condictione ob turpem vel injustam causam* ». Mais déjà, nous avons pu remarquer certains dangers de cette synthèse: le classement des turpitudes en trois catégories, qui paraît bien artificiel et n'a pas donné de fécondes conséquences — et surtout le rattachement indu aux principes admis en matière de possession, qui a contribué à donner à l'adage *in pari causa* une inspiration moins morale, un domaine moins étendu, des règles moins souples. Il a fallu attendre le Bas-

Empire pour revenir à une notion plus indépendante et plus vraie de la situation qui donne lieu à l'application de l'adage.

La formation de la maxime *Nemo auditur*, au Moyen-Age, se poursuit également en fonction de considérations théoriques. Telle qu'elle était alléguée par Innocent III, la règle avait pour but la protection de dispositions pénales invoquées par le coupable dans une pensée de fraude. Les Bartolistes se sont efforcés d'en faire un procédé pour empêcher l'enrichissement consécutif à un acte illicite. Ils la faisaient jouer contre celui qui voulait s'enrichir par son infraction, sans distinguer s'il était demandeur ou défendeur, solution opposée à celle du droit romain. Par là encore s'accroissait l'obscurité du problème des conséquences de l'acte illicite. On avait désormais pour les régler deux maximes parallèles, d'inspiration différente, opposée même. Entre elles, la lutte était fatale.

La renaissance des études de Droit au xvi^e siècle fit triompher l'adage romain. Il reparut en honneur avec les solutions qu'il impliquait, comme l'exception d'indignité, et aussi la prépondérance laissée à la possession. Les tendances systématiques qu'on y trouvait furent appliquées avec rigueur, jusqu'à aboutir à des solutions opposées à celles des juristes romains. C'est que, au moins pour quelques-uns des auteurs du xvi^e siècle, la faveur faite au défendeur n'était qu'un prétexte: il s'agissait en réalité de servir les intérêts de la loi. De là, certaines divergences entre les Romanistes du xvi^e siècle et les jurisconsultes de

Rome, et, par suite, nouvelles déformations pour l'adage *in pari causa*.

L'Ecole du Droit Naturel, vu le souci qu'elle avait de respecter la volonté des contractants, d'adapter le règlement des conventions au but recherché par les parties, ne pouvait accueillir avec une grande faveur la règle romaine, qui représentait justement des tendances opposées. Elle l'accepta avec bienveillance seulement quand il s'agissait de maintenir un contrat illicite exécuté de bonne foi. Mais cette application de pure équité ne manquait pas d'être tendancieuse; elle compromettait la maxime, pour lui faire justifier une solution voulue *a priori*.

Au milieu du xix^e siècle, les attaques se précisèrent, suscitées par l'Ecole de l'Exégèse. La méthode de cette Ecole, toute de logique et d'abstraction, l'amena à assimiler la cause nulle et la cause illicite, par conséquent à nier la valeur de la maxime. Pour répondre à ces critiques, une nouvelle technique de la règle *Nemo auditur* fut élaborée. Elle constitue vraiment un argument *ad hominem*; elle repose sur la conception de l'inexistence qui fut proposée par l'Ecole de l'Exégèse: c'est parce que l'acte est inexistant en tant que pur fait qu'on l'ignore et qu'on refuse action aux coupables.

Cinquante années ne se sont pas écoulées qu'à nouveau, toutes les positions sont changées. On ne songe plus aux arguments invoqués par Demolombe et Laurent. Ce qui inquiète dans la maxime, c'est son immoralité, ce fait qu'elle aboutit à enrichir un coupable. Et, une fois de plus, on voit l'adage évoluer :

sous nos yeux, certains auteurs et tribunaux retournent à la conception du Moyen-Age ; ils veulent trouver dans sa formule un moyen d'empêcher l'enrichissement injuste consécutif à l'acte illicite.

Ainsi, durant tout le cours de son histoire, la maxime a-t-elle été victime des théories juridiques. Elle touche de trop près à certains sujets et sa formule est trop complaisante, elle se prête à trop d'interprétations pour que chaque système ne soit pas tenté de l'alléguer à titre de preuve.

Bien embarrassé aujourd'hui serait celui qui prétendrait se fonder sur les principes émis en cette matière pour retrouver soit le critérium d'application de l'adage, difficulté à laquelle on songe exclusivement, soit le sens définitif de cette règle.

Il faut donc nous défier de nos sources, *en tant qu'elles nous fournissent des conceptions théoriques*; il y a eu trop de fluctuations, trop d'imprécision dans les considérations invoquées à ce sujet pour qu'on puisse se fonder sur elles avec une certaine sécurité (1).

87. Mais s'il est permis de jeter une légitime suspicion sur la valeur théorique des Sources de l'adage, il n'en est plus du tout de même si l'on considère *leur valeur pratique*. Il est saisissant de comparer les incertitudes où l'on s'est jeté à propos de l'explication de la maxime à la sûreté avec laquelle on a admis

(1) M. NAQUET (note au S. 13. I. 297) a eu raison de dire qu'« une maxime juridique n'a pas la rigidité de la loi ; ...elle évolue avec les mœurs, elle est élastique ». Celle-ci l'est plus que toute autre, car sa formule la défend mal, même contre les fluctuations des théories.

telle ou telle solution. Jamais les théories n'ont résisté devant les nécessités de cet ordre.

Le droit romain n'appliquait pas la règle *in pari causa* en matière de jeu. Le droit canonique demeurait infidèle aux principes du Digeste, pour la répression de la simonie. Et dans notre droit actuel, il est facile de souligner comme l'empire des faits a influé sur l'emploi ou le rejet de l'adage. Rappelons qu'au moment où il demeurait encore incontesté, des raisons d'ordre pratique l'on fait négliger au profit de la répétition, en matière de contre-lettres relatives aux cessions d'offices ministériels. En sens opposé, au moment où triomphaient les arguments de l'Ecole de l'Exégèse, on a recouru au refus d'action pour le règlement des opérations effectuées en coulisse et des conventions relatives aux maisons de tolérance. Toutes ces solutions se sont maintenues au milieu des fluctuations des théories : leur persistance est une preuve manifeste de leur valeur.

Certes, il faut se garder de toute exagération. On ne peut s'attendre à trouver une parfaite concordance entre tous les arrêts. Sous le couvert des discussions, du désarroi qui règnent sur la maxime, des applications erronées ont été acceptées; les solutions de pure équité, d'espèces sont trop nombreuses. On peut même penser qu'il n'y a pas harmonie complète entre la jurisprudence de la Chambre des Requêtes et celle de la Chambre Civile de la Cour de Cassation et des Cours d'Appel. La première paraît plus inféodée à la maxime romaine, elle s'inspire moins directement des circonstances, elle est peut-être moins

heureuse (2). Mais ces décisions aberrantes n'empêchent pas la Jurisprudence de former un ensemble assez cohérent, assez stable, qui s'accorde bien, nous le verrons, avec les principes expressément admis par la loi, parfois avec la tradition judiciaire du XVIII^e siècle.

88. Et puisque la pratique a ainsi devancé la théorie pure, il est légitime de penser que c'est sur ses lumières que nous devons nous guider, si nous voulons dissiper un peu l'obscurité du sujet. Rassembler les arguments invoqués, les soumettre à une critique rationnelle pour en tirer les fondements d'une doctrine, édifier celle-ci par une suite de déductions serait une méthode vicieuse, condamnée d'avance, puisque les bases de cette recherche seraient suspectes. Il est plus sûr pour nous de procéder à un examen attentif des décisions admises, en nous éclairant avec prudence des raisonnements invoqués à l'appui. La comparaison des résultats acquis fera apparaître des règles d'une réelle valeur pratique, peut-être même une

(2) C'est M. APPERT, note au D. 95. 1. 263, qui a le premier signalé la divergence de vues entre les deux chambres de la Cour de Cassation. Son avis a été suivi par M. PIÉDELIEVRE, *ouvr. cité*, p. 269. Il ne semble pas qu'en matière de contrats relatifs aux maisons de tolérance, il y ait opposition entre la Jurisprudence des deux Chambres (en ce sens : H. CAPITANT, *ouvr. cité*, p. 244 ; G. RIPERT, *ouvr. cité*, p. 180) ; il n'y en a pas davantage en matière de ventes de pharmacies à non diplômés, ou d'opérations effectuées en coulisse, car la Chambre des Requêtes s'est servie dans le premier cas de la formule que « ce qui a été payé en vertu d'une obligation nulle n'était pas dû » Req., 24 novembre 1902 (D. 1903. 1. 80), comme dans le deuxième cas, la Chambre civile a prononcé le refus d'action : Civile, 9 février 1910, sol. impl. (D. 10. 1. 455). Mais dans les hypothèses qui n'ont pas donné lieu à jurisprudence un peu étendue, la Chambre des Requêtes paraît persister à appliquer la maxime comme une règle générale, et telle qu'elle était conçue en droit romain. L'opposition des deux points de vue est visible dans l'arrêt de Colmar, 20 juillet 1925, et l'arrêt des Req. qui a suivi : 25 octobre 1927 : *Gaz. Pal.*, 1^{er} décembre 1927 (*journ. quot.*).

théorie du refus d'action pour cause d'indignité, déterminant le rôle et les applications de l'adage.

Toutes les solutions reconnues ne s'imposent pas avec une égale autorité, pour cette systématisation. Celles qui ont fait l'objet d'une loi sont indiscutables, mais peu nombreuses. Celles que nous fournit la Tradition sont plus importantes; il faut notamment y relever l'exception d'indignité qui est l'essentiel rouge sur lequel fonctionne l'adage; mais, pour la plupart d'entre elles, le changement des mœurs et des conditions constitutionnelles en a beaucoup affaibli l'autorité. Les solutions les plus nombreuses, et de beaucoup, sont évidemment celles de la Jurisprudence moderne, quoiqu'elles présentent l'inconvénient d'être moins cohérentes que les autres. Ce sont surtout celles-là que nous utiliserons.

DEUXIÈME PARTIE

LA THÉORIE
DE LA MAXIME NEMO AUDITUR

CHAPITRE IV

Le rôle de la maxime *Nemo Auditor*.

§ 1. *Le sens et le but de la maxime Nemo auditor.* — § 2. *L'exception d'indignité.* — § 3. *Rapports de la maxime Nemo auditor avec quelques théories voisines.* — § 4. *Les sens de la maxime qui sont à rejeter.* — § 5. *Les emplois abusifs de la maxime en des hypothèses relevant d'autres théories.* — § 6. *Fondement juridique de la maxime Nemo auditor.*

§ 1. — *Le sens et le but de la maxime Nemo Auditor*

89. *Les formules employées par la Jurisprudence pour justifier l'application de la règle.* — 90. *Les différentes fraudes que peut contenir la requête du demandeur turpis.* — 91. *Elargissement de l'interprétation de l'article 1131 dans la Jurisprudence.*

89. Notre Tradition, puis notre Jurisprudence ont connu de la maxime *Nemo auditor* différentes conceptions aboutissant à des conséquences pratiques notablement divergentes. Il importe donc d'abord de savoir si, dans notre Droit actuel, ces divers sens de l'adage sont tous également acceptables, ou si l'un

d'entre eux domine et doit seul être conservé : les autres n'auraient qu'une portée d'espèce ou seraient des interprétations erronées. De la définition à donner de la règle *Nemo auditur* dépendra le rôle qu'elle joue dans notre Droit privé.

Parmi les diverses expressions employées par la Jurisprudence pour refuser la répétition, on distingue aisément plusieurs formules, qui sont plus fréquentes et qui se rattachent à la même idée, exprimée sous des formes différentes : les plaideurs n'ont aucune action « soit pour l'exécution, soit pour la répétition » (1) — ils ne peuvent soutenir en justice « leurs prétentions » (2), réclamer « protection » (3), « exciper de l'acte » (4), « l'invoquer » (5), « ils sont indignes d'être écoutés » (6), ils ne peuvent demander la sanction de la Justice « ni pour l'exécution, ni pour l'inexécution » (7).

(1) Orléans, 8 février 1844 : *Journ. Pal.*, 44. 1. 452 ; Paris, 4 février 1854 : D. 54. 2. 149 ; Montpellier, 2 juin 1868, cassé par Civile, 13 juin 1870 : S. 70. 1. 357 ; Civile, 15 décembre 1873 : D. 74. 1. 222 ; Caen, 29 juillet 1874 : D. 75. 2. 128 ; Req., 26 mars 1877 : D. 77. 1. 488 ; Req., 12 décembre 1876 (avec rapport du conseiller Alméras-Latour), S. 77. 1. 299 ; Orange, 8 mai 1883 ; *Gaz. Pal.*, 84. 1. 383 ; Uzès, 17 février 1886 : *Gaz. Pal.*, 86. 1. 802 ; Bruxelles, 27 mai 1886 : *Gaz. Pal.*, 87. 1. sup. 29 ; Paris, 16 nov. 1888 : D. 89. 2. 253 ; Bourges, 13 juin 1889, D. 89. 5. 329 ; Douai, 24 octobre 1887 : S. 90. 2. 99 ; Riom, 30 novembre 1893 : S. 94. 2. 75 ; Lure, 18 juillet 1894 ; sous Besançon, 6 mars 1895 : D. 95. 2. 224 ; Trib. Seine, 26 juillet 1904 : *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 355 ; Caen, 23 février 1905 : *Gaz. Trib.*, 1905, 2^e sem., 2. 27 ; Req., 17 juillet 1905 : D. 1906. 1. 72. Req. 17 Juillet 1905 : S. 1909. 1. 188 ; Req. 15 mars 1911 : D. 11. 1. 382 ; Trib. de com. Seine, 4 décembre 1920 : D. 1922. 2. 55. Cf. LAROMBIÈRE « *Théorie et pratique des oblig.* », t. 1, p. 309 ; MASSÉ et VERGÉ « *Le droit civil français par Zachariae* », t. 4, p. 9.

(2) Alger, 9 mai 1894 : D. 95. 2. 21 ; Paris, 1^{er} août 1903 : D. 1904. 2. 345 ; Trib. com. Mâcon, 28 février 1913 : *Gaz. Trib.*, 13, 1^{er} sem., 2. 390.

(3) Caen, 29 juillet 1874, précité.

(4) Cour sup. de justice de Luxembourg, 17 décembre 1897 : S. 98. 4. 20.

(5) Trib. de Tulle, 19 juillet 1924 : *Gaz. Pal.*, 1924. 2. 362 ; on trouve une formule semblable dans un jugement du Trib. de Clermont, 7 décembre 1892, sous Riom, 30 novembre 1893 : S. 94. 2. 75 ; dans un arrêt de Caen, 23 février 1905 : *Gaz. Trib.*, 1905. 2^e sem., 2. 27.

(6) Caen, 29 juillet 1874, précité ; Bourges, 13 juin 1889 : D. 89. 5. 329 ; Caen, 23 février 1905, précité.

(7) Paris, 30 novembre 1839 : S. 1840. 2. 121 ; Paris, 7 mars 1846 : D. 46. 4. 376.

Explications surprenantes ! Les parties veulent qu'on leur applique une sanction, la nullité ; elles demandent à rentrer dans la légalité ; et la jurisprudence ne fait pas allusion à ce but apparent de leur demande. Elle affecte, au contraire, de ne tenir compte que du motif, de l'intention véritable qui anime le demandeur (8) ; au fond, le plaideur tourne la loi, il se rend la peine favorable ; il ne la subit pas, il « l'invoque », et c'est ce qui le rend indigne. Le vice de l'action, c'est *l'intérêt qu'y trouve le coupable* (9).

90. Cet intérêt peut revêtir plusieurs aspects différents. Le recours en justice peut être en connexion intime avec l'acte coupable, *en préparer de nouvelles exécutions*. La demande est alors en soi aussi répréhensible que l'acte prohibé lui-même. Cette perversité se traduit *matériellement* parfois, quand l'objet à restituer est en soi immoral. C'est un tenancier qui exige la répétition de son fonds. N'est-il pas visible que ce procès n'est dans sa pensée que le préliminaire de nouvelles opérations (10) ? Répétition, exécution ne sont pour lui que les diverses phases d'un même commerce ; un même dessein inavouable le conduit toujours. Sans se trahir aussi matériellement, l'intention coupable se présume aisément lorsque le demandeur laisse dans sa requête *le choix entre la répétition*

(8) Quelques décisions le disent expressément : Alger, 9 mai 1894, précité ; Rouen, 17 mai 1905 : *Gaz. Pal.*, 1905, 2. 385.

(9) Deux arrêts anciens ont bien noté que la nullité portée par la loi visait seulement les effets engageant « l'intérêt des parties » : Civile, 13 fructidor, an XI : S. 1804. 2. 22 ; et 10 janvier 1809 : S. 1809. 1. 158.

(10) Trib. Clermont, 7 décembre 1892, précité ; Amiens, 1^{er} avril 1912 : *Gaz. Pal.*, 12. 2. 136 ; Trib. Seine, 6 juin 1917 : *Gaz. Trib.*, 18. 2. 348 « de V. soutient avoir fait l'acquisition des fourrures (dont il demandait la restitution) pour en parer ses maîtresses successives au fur et à mesure de ses liaisons passagères ». Et surtout : Alger, 9 mai 1894, précité.

et l'argent promis (11). Elle se déduit enfin *des circonstances*, selon les habitudes, la profession du plaideur (12).

Le vice de la demande peut revêtir un autre caractère : le demandeur ne persiste plus dans ses projets immoraux, mais, de son acte coupable, *il entend retirer un bénéfice*. Les décisions des Tribunaux sont pleines de ces constatations de fait, que les circonstances rendent évidentes. L'un allègue la nullité, pour éviter un marché devenu désavantageux (13), l'autre, pour reprendre sa prestation, alors que celle qu'il a reçue ne peut être répétée (14). Tous deux recherchent un gain. Il est immoral et dangereux qu'ils l'obtiennent : ce serait encourager la violation de la loi.

Même si les coupables poussent moins loin leurs prétentions, s'ils cherchent non pas à réaliser un gain, mais à *éviter un dommage*, leur demande est encore viciée. La morale n'est plus en jeu — c'est un droit qu'ils exercent — mais l'intérêt public subsiste pour les faire repousser. L'art. 1131 n'a pas pour but de fournir aux coupables une certaine sécurité, de les assurer contre les torts d'autrui. En l'alléguant,

(11) Trib. Beauvais, 3 novembre 1898 : *Gaz. Pal.*, 98. 2. 499.

(12) Trib. Alger, 15 novembre 1893 : *D.* 94. 2. 528.

(13) Trib. Lyon, en note sous Lyon, 9 décembre 1850 : *S.* 50. 2. 634 ; Riom, 23 janvier 1860, sous Civile, 19 mars 1862 : *S.* 62. 1. 825 ; Paris, 27 mai 1862 : *D.* 62. 2. 199 ; Trib. com. Seine, 16 avril 1862, sous Paris, 27 mai 1862 : *S.* 63. 1. 493 ; Trib. com. Seine, 21 août 1867, sous Paris, 15 mai 1868 : *S.* 69. 1. 305 ; Aix, 28 février 1894, sous Req., 9 décembre 1895 : *D.* 97. 1. 177 (note de M. Pic) ; Trib. com. Nantes, 11 décembre 1895 : *D.* 97. 2. 171.

(14) Angers, 21 mai 1856 : *D.* 57. 1. 214 (sous Req., 10 mars 1857) ; Poitiers, 12 janvier 1853, cassé par Civile, 24 juillet 1855 : *S.* 55. 1. 657 ; Amiens, 17 avril 1856, sous Req., 5 novembre 1856 : *D.* 56. 1. 397 ; Montpellier, 27 juillet 1877 : *D.* 79. 2. 72 ; Trib. Compiègne, 13 février 1901 : *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 644.

ils tournent la loi à leur bénéfice ; cette fraude constitue le vice de leur demande (15).

91. Sous ces trois formes, l'action en justice est suspecte, parce que dirigée dans l'intérêt des plaideurs. En règle générale, le but intéressé n'est point proscrit, mais il le devient, quand c'est un coupable qui veut l'atteindre. En effet, *là où la peine devient un avantage, il n'y a plus de sanction, et là où il n'y a plus de sanction, la règle est exposée à toutes les violations* (16). Il fallait ou livrer l'art. 1131 à toutes les ingéniosités des demandeurs : c'était réduire beaucoup sa portée, ou en faire un texte agissant, qui permit de combattre les actes illicites. Cette disposition indiquerait alors, comme principe général, qu'il faut empêcher la faute, « l'effet de l'obligation illicite » de se produire. Pour atteindre ce but, tous les moyens seraient bons : nullité, répétition, maintien des prestations. La maxime *Nemo auditur* exprimerait un de ces moyens, des plus efficaces, puisqu'il supprime pour les coupables la possibilité de faire valoir leurs intérêts et maintient contre eux, sans recours, tous les effets de la nullité. On l'adopterait donc comme une conséquence indirecte de l'art. 1131 ; elle protégerait la nullité — et, par delà la nullité, la disposition que celle-ci sanctionne.

(15) Cf. DELAMARRE et LE POITVIN « *Traité du contrat de commission* », t. 1, p. 111 ; G. RIPERT « *La règle morale* », p. 183 « L'exercice de l'action en répétition marque simplement le désir de reprendre ce que l'on a donné ».

(16) Cf. M. COHENY « *Des intérêts de la distinction...* », Rev. Trimest. de droit civil, 1914, p. 46 ; M. JAPIOT « *Des nullités...* », dit aussi, à propos d'un sujet plus restreint (les nullités pénales) : « Ce serait déformer la loi que de laisser transformer en un avantage ce qui doit être une peine. » (p. 622) ; de même, M. PIÉDELIEVRE « *Des effets produits par les actes nuls* », p. 482.

Tel est l'avis de la Jurisprudence. Elle reconnaît à sa doctrine une *efficacité préventive*. Les parties sont laissées « à la discrétion l'une de l'autre » (17), sans que l'injustice consécutive soit proprement le fait des Tribunaux, comme il arriverait dans le système de la répétition (18). Cette mise hors la loi est susceptible d'arrêter « ceux qui seraient tentés de former de semblables contrats » (19). C'est un dernier argument pour les détourner de la faute, que leur intérêt exposé sans recours (20).

Ainsi encore s'explique la deuxième formule, par laquelle les Tribunaux justifient leur jurisprudence. Elle épargne « la dignité de la Justice » (21). Il ne s'agit pas seulement, comme quelques expressions pourraient prêter à le croire, d'éviter des procès scandaleux, pénibles à entendre. Ils s'élèveraient pour aboutir à la répression des coupables, les magistrats seraient tout disposés à en connaître. Ce qui est humiliant pour eux, c'est d'étudier le sens et la portée de ces contrats pour en déduire les droits et intérêts des parties (22), c'est de prononcer publiquement en faveur de l'une d'elles.

On répliquera que, du moment qu'elle a le bon

(17) Caen, 29 juillet 1874, précité. Cf. G. RIPERT, ouvr. précité, p. 185.

(18) M. MEYNIAL a justement fait remarquer (Note S. 90. 2. 97) que la répétition enlève aussi toute sécurité aux contractants. Mais, comme nous le verrons, *infra* p. 210, cette immixtion précise du juge dans les affaires des coupables ne se justifie que si elle produit un résultat effectif ; sinon, comment légitimer cette rigueur et cette partialité envers l'un des coupables ?

(19) Caen, 29 juillet 1874, précité ; Dunkerque, 8 avril 1886 : *Gaz. Pal.*, 86. 2. sup. 15.

(20) M. BRISSAUD « *De la notion de cause...* », p. 175 et s., se plaçant à un autre point de vue, celui du défendeur, a montré comment il était sollicité, par l'effet de l'adage, à ne pas accomplir son crime et il conclut : « Il était difficile d'imaginer (un piège) plus ingénieux ».

(21) Cf. les arrêts cités, note 19.

(22) Caen, 29 juillet 1874 précité.

droit pour elle, il n'est pas immoral de le lui reconnaître. Mais, c'est le résultat final qui compte. On verra, non sans surprise, le juge, « représentant des intérêts de la moralité » (23), prêter le même appui aux gens sans aveu qu'aux plaideurs honnêtes, faciliter la liquidation des actes immoraux, comme il assurerait le règlement de tout autre commerce juridique et promettre ce même concours à tous ceux qui commettront de semblables fautes à l'avenir. Voilà ce qui est contraire à la dignité de la Justice (24).

En résumé, si l'on veut coordonner les expressions employées par la Jurisprudence, on est conduit à ces conclusions : les réclamations élevées par les coupables à propos de leurs infractions sont suspectes, parce qu'intéressées — prononcer selon les désirs de ces individus, c'est *encourager leur acte* — si donc l'on veut maintenir dans sa rigueur la sanction et l'interdiction qu'elle réprime, il faut repousser le plaideur en faute, malgré les apparences dont il revêt sa requête, malgré son droit parfois. Notre maxime, telle qu'on l'applique actuellement, n'est donc pas *essentiellement morale* ; c'est une *règle d'intérêt public, un complément de la loi, dont elle protège une disposition* (25).

(23) BECOT, concl. sous Amiens, 14 janvier 1859 : D. 59. 2. 70.

(24) C'est ce que quelques auteurs ont mal compris : ils s'étonnent de ce que les Tribunaux ne déclarent ces procès scandaleux qu'après le scandale accompli, c'est-à-dire l'affaire développée et plaidée. C'est une erreur. Ce n'est pas le procès, c'est le jugement qui outrage la dignité de la magistrature. En ce sens, DELAMARRE et LE POITVIN, ouvr. cité, p. 111, t. 1 ; BECOT, concl. précitées ; G. RIPERT, ouvr. cité, p. 180. *Contra* : NAQUET (note au S., 13. 1. 297) ; Vervins, 27 juillet 1911, sous Amiens, 1^{er} avril 1912 précité.

(25) M. DEMONT « *Des effets de complaisance* », p. 138, juge que ce serait une « interprétation bien fantaisiste (de l'art. 1131) d'y lire que la convention prohibée doit avoir un effet contraire à la volonté des

§ 2. — *L'exception d'indignité.*

92. *Critiques adressées à la moralité de l'exception de turpitude.*

— 93. *Sa justification dans notre théorie.*

92. De cette explication de la maxime *Nemo auditur* découle le fait qu'on peut alléguer sa turpitude par voie d'exception. On sait ce qu'on entend communément par cette expression. Celui avec qui A a conclu un contrat illicite peut opposer cette circonstance à la demande en répétition de A et, par ce moyen, il gagnera son procès. La turpitude commune lui profite, tandis qu'elle nuit à A.

Si l'on interprète la maxime dans son sens abstrait, cette distinction n'est guère soutenable. Du moment qu'on juge immoral qu'un plaideur triomphe grâce à ses propres torts, faut-il attacher tant d'importance à cette circonstance fortuite que l'un est demandeur et l'autre, défendeur ? Dans l'application d'une maxime « morale », c'est la *moralité des résultats* qu'il faut regarder, non pas des détails de procédure. Les Bartolistes l'avaient compris et nous avons vu qu'ils avaient sans cesse cherché à affaiblir l'opposition entre la voie d'exception et la voie d'action, au

contractants ». On ne va pas jusque là. Mais la considération de l'intérêt général a entraîné les Tribunaux à se montrer plus hardis que cet auteur. « Cette considération... leur impose l'obligation rigoureuse de réprimer par tous les moyens qui ne sont pas formellement interdits, toute infraction à l'ordre public » (Trib. Saint-Etienne, 26 août 1847 : S. 47. 2. 609). C'est un mouvement général de la Jurisprudence d'élargir le cercle des opérations illicites, aussi loin qu'il est utile pour la répression. L'adoption de l'adage est due à une tendance de ce genre. Cf. encore dans le sens de M. Demont, L. DUBREUIL « *Des mobiles dans les contrats* », p. 70.

N.-B. — On peut songer à appliquer la maxime pour protéger non seulement la nullité, mais toute disposition édictée à titre de peine. Mais d'autres circonstances interviennent souvent pour rendre plus rares les applications de ce genre. Voir *infra*, n° 102.

profit d'une autre division, fondée sur l'intention des plaideurs : veulent-ils réaliser un gain ou éviter une perte ? La même logique a entraîné, après eux, ceux qui ont voulu prendre la maxime dans son sens moral et nous sommes témoins des efforts qu'ils font pour ruiner cette distinction (26).

93. Malgré leurs critiques, la Tradition reste fermement établie, qu'on peut alléguer sa turpitude par voie d'exception (27) et elle se légitime sans peine si l'on voit dans la règle *Nemo auditur* un principe d'intérêt public. On ne cherche pas à punir le plus coupable, à repousser le plus cynique. On s'attache à conserver à la nullité son caractère répressif et l'on n'hésite pas à admettre certaines conséquences injustes, du moment qu'elles atteignent *les intérêts du demandeur*. Le défendeur devient en quelque sorte *irresponsable*, puisque c'est sur lui que l'on compte pour châtier son adversaire ; il peut faire valoir sa turpitude en justice, tandis que le demandeur ne le peut pas (28).

(26) MM. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL « *Du prêt* », p. 340 ; M. SAVATIER « *Des effets et de la sanction...* », p. 376 et 441, et note au D. 22. 2. 34, ont ramené l'attention sur l'immoralité du défendeur et se sont fondés sur cet argument pour écarter un certain nombre d'applications de l'adage. Voir aussi : PRIZE, *ouvr. cité*, p. 207 ; WAGNER « *La nullité de la cause illicite* », p. 56 et 57 ; DEMONT, *ouvr. cité*, p. 132 ; ROCHE « *Des effets de complaisance* », p. 75 ; PIEDELIEVRE, *ouvr. cité*, p. 267.

(27) Du moins, on applique constamment cette tradition. Mais il est rare qu'on en fasse mention expresse. Voir cependant : Grenoble, 4 décembre 1830 : D. 32. 2. 116 ; M. FEUILLOLEY y fait allusion dans ses concl. sous l'arrêt Reg., 1^{er} mars 1909 : D. 1910. 1. 5 ; de même M. RIPERT, *ouvr. cité*, p. 183.

(28) C'est une autre question, qui sera examinée *infra* p. 273, celle de savoir si le coupable actionné en exécution d'un acte illicite seulement pour lui peut s'y refuser. Il n'allègue pas « sa turpitude » dans le sens ordinaire de l'expression.

§ 3. — **Rapports de la maxime *Nemo Auditor*
avec quelques théories voisines.**

94. *Rapports de la règle Nemo auditor avec la théorie de la fraude à la loi.* — 95. *Rapports de la règle Nemo auditor avec la théorie de l'abus de droit.*

94. D'après la définition que nous avons donnée de la maxime *Nemo auditor*, on a pu se demander quelle différence la séparait de la théorie de la fraude à la loi (29). Dans les deux cas, on repousse un plaideur qui a des titres véritables à produire en justice parce que sa demande tend à empêcher l'effet pratique de la loi de se produire. Ici, il veut obtenir indirectement ce qui lui est refusé directement, et là, il se fait un avantage d'une peine qui doit réprimer ses errements. Dans les deux hypothèses, il respecte la loi, en apparence ; en réalité, il l'éluide et la tourne.

Il y a cependant deux différences caractéristiques entre ces théories : dans le cas qui donne lieu à l'application de l'adage, le résultat voulu par les parties nuit pratiquement à la loi, mais ne lui est pas *contraire en soi*, du moins généralement. Ensuite, la part de l'activité du coupable s'y trouve plus réduite : il ne se place pas, à l'aide de procédés frauduleux, sous l'application d'une autre loi que celle qui devrait lui être appliquée ; il prend la réglementation qu'on lui inflige, *il met la loi en défaut*, plutôt qu'il ne la fraude (30).

(29) Nous envisageons cette théorie d'après les applications qui en sont communément admises, sans prendre parti sur la question de savoir s'il convient de généraliser ces solutions.

(30) Le mot de « fraude à la loi » est souvent employé en notre matière par les Tribunaux (Orléans, 8 février 1844 : *Journ. Pal.*, 44. 1. 452 ; Rouen, 30 janvier 1894 : *Gaz. Pal.*, 94. 1. 322 ; Paris, 15 décembre 1896 : S. 97. 2. 69), et même par M. Desbois « *La notion de la fraude à la loi* », Thèse, Paris, 1927, p. 66. L'expression n'a pas alors son sens technique.

95. Les ressemblances entre la maxime *Nemo auditur* et la théorie de l'abus du droit sont aussi frappantes, au moins quand le plaideur malhonnête ne demande la nullité que pour continuer, mieux à sa guise, le cours de ses opérations illicites. Sa demande est alors viciée, et tombe sous le coup de la prohibition même qui a valu à l'acte primitif la nullité. Elle est repoussée en raison des intentions abusives qui conduisent le plaideur dans l'exercice de son droit. Mais dans le cas de la maxime *Nemo auditur*, ce n'est pas vraiment « son droit » que le demandeur expose, c'est le *droit de la société* (31), qui est intéressée à l'application de la nullité, souvent en dépit de toute autre considération. Il est donc supprimé bien plus rarement et la théorie de la règle *Nemo auditur* n'est pas susceptible d'un emploi aussi fréquent que celle de l'abus du droit.

§ 4. — *Les sens de la maxime qui sont à rejeter.*

96. La maxime exprimerait une conséquence directe de l'illicéité.
— 97. La maxime éviterait le règlement injuste des conséquences pécuniaires de l'acte illicite. — 98. La maxime proportionnerait la répression à la culpabilité des co-auteurs. — 99. La maxime empêcherait l'aveu d'une faute émis dans une pensée intéressée.

96. Après avoir défini le sens le plus général de l'adage dans notre Droit, il nous reste à voir si les autres acceptions de la maxime sont justifiables, dans une application plus restreinte, ou si elles doivent être complètement éliminées.

(31) M. JAPIOT, ouvr. cité, p. 600 « Les particuliers (les demandeurs) remplissent un devoir social, plutôt qu'ils ne font valoir un droit ».

Dans une première conception, tirée des textes romains interprétés selon une longue tradition, le refus d'action produit par l'adage est une conséquence rigoureuse de l'illicéité de l'acte antérieur passé par les contractants. Ce n'est pas la fraude contenue dans leur demande actuelle qui les rend indignes, c'est *la violation de la loi qu'ils ont commise dans le passé*. Leurs intentions seraient-elles parfaitement pures, ils seraient toujours écartés, du moment qu'ils en viendraient à alléguer une faute personnelle.

Certains arrêts adoptent franchement cette conception (32) et les expressions qu'emploient la plupart des jugements pourraient facilement s'accorder avec elle. Mais, plus qu'à la lettre, il faut s'attacher à l'esprit des décisions. Or, on comprend mal, si l'on suit cette explication, que la Jurisprudence s'attache si souvent à montrer que la demande des plaideurs est faite dans leur intérêt. Le rappel de leur acte passé devrait suffire à les condamner.

On peut encore reprocher à cette théorie de manquer de souplesse. Si on fonde le refus d'action sur la moralité de la requête actuelle du demandeur, on a la possibilité de tenir compte de toutes les circonstances qui l'accompagnent, et notamment de l'attitude plus ou moins loyale du défendeur, qui a provoqué le recours en justice du demandeur. Si, au contraire, on voit dans le refus d'action une conséquence nécessaire d'une faute passée, l'infraction constatée, il ne reste plus qu'à clore le procès. Cette mise hors la loi constitue une peine beaucoup trop

(32) Orléans, 8 février 1844, précité ; Paris, 4 février 1854 : D. 54. 2. 149.

grave en certains cas. Poussée jusqu'à ses conséquences extrêmes, elle autorise, de la part du défendeur, tous les manquements à la bonne foi la plus élémentaire, jusqu'aux abus de confiance et au vol. Il peut tout oser, puisque la victime n'aura pas le droit de se plaindre.

La Jurisprudence a été effrayée de ces résultats et nous verrons (*infra*, p. 231 et s.) qu'elle empêche le défendeur de profiter de l'adage pour manquer trop gravement à son devoir moral. Mais comment concilier cette appréciation des conditions morales de la demande et de la défense avec la conception d'un refus d'action consécutif à tout acte illicite ?

Ce qui achève enfin de condamner cette interprétation de l'adage, c'est qu'elle ne peut s'appliquer aux procès des ayants cause des coupables — car la Jurisprudence leur étend la règle *Nemo auditur* (*infra* p. 270) (33). Pourtant, ils n'ont pas participé à l'acte illicite et ne devraient pas être atteints par ses conséquences ? C'est que leur demande est viciée, comme le serait celle de leur auteur, du moment qu'ils entendent se servir de la répétition dans un but immoral. Que leurs intentions paraissent honnêtes au contraire, et aussitôt les Tribunaux leur accordent gain de cause (34).

Il faut donc conclure que la maxime n'exprime pas une conséquence directe de l'illicéité. Elle a pour but d'empêcher une « fraude à la nullité ». Là où il n'y

(33) Trib. de la Seine, 30 janvier 1893, et Req. 1^{er} avril 1895 : D. 95. 1. 263.

(34) Paris, 16 mars 1926 : *Gaz. Pal.*, 26. 1. 719 et S. 26. 2. 77.

a évidemment pas d'intention frauduleuse, elle n'a pas à s'appliquer.

97. On a proposé une autre explication de l'adage : il aurait pour but d'éviter le *règlement injuste des conséquences pécuniaires de l'acte illicite*, et notamment l'enrichissement sans cause. Qu'il provoque parfois ce résultat, nous n'y contredisons pas, mais ce n'est qu'une coïncidence. En d'autres hypothèses, la Jurisprudence ne recule pas à lui faire produire un enrichissement indu (35). Les partisans de cette théorie ne l'ignorent pas (36) et ils proposent leur interprétation comme un progrès à apporter dans l'application de cette règle, comme une conception plus logique : si le coupable gagne sans motif à la suite de sa faute, il est encouragé.

On doit répondre que l'iniquité même de cette conséquence peut servir à renforcer la sanction auprès du demandeur. Qu'importe que le défendeur soit prêt à renouveler de semblables transactions, si ses co-contractants se tiennent pour avertis par leurs précédents mécomptes. Par l'application de l'adage, on recherche un but de *prévention générale* ; on vise, plutôt que les deux coupables, « ceux qui seraient tentés » de se lancer dans des opérations immorales. On tranche le procès, non par rapport aux plaideurs, mais en vue de l'exemple qui sera donné (37).

(35) Voir par exemple, Req., 25 octobre 1927 : *Gaz. Pal.*, 1^{er} décembre 1927 (journ. quot.) ; et aussi Req., 15 mars 1911 : D. 1911. 1. 382.

(36) M. SAVATIER, note au D. 22. 2. 34.

(37) Cette explication a été donnée par un Tribunal, à propos de l'art. 1967 « Le législateur dénie (action aux joueurs), en détournant les yeux du fait particulier, pour ne considérer que l'ordre général ». Bordeaux, 15 juin 1857 ; D. 58. 2. 31.

Sans doute, le degré de culpabilité des co-auteurs, la nocivité de l'acte commis influent sur l'étendue du refus d'action qui suit ; la maxime étant par quelque côté une sanction, il faut bien l'adapter aux fautes qu'elle réprime. Mais ce sont des détails d'application, qu'on ne saurait transformer en règle générale.

98. Il convient d'écarter, pour les mêmes raisons, la théorie qui voit dans la maxime *une sanction à répartir selon la culpabilité des co-auteurs*. Elle n'a été proposée que pour des espèces peu nombreuses, surtout à l'occasion des traités secrets relatifs aux cessions d'offices ministériels, dans lesquels on prétendait qu'il n'y avait pas égalité de faute entre le cédant et le cessionnaire (38). C'est se lancer dans une analyse décevante et périlleuse que de prétendre évaluer les torts de chacun des coupables (39). C'est, en même temps, affaiblir la peine que constitue l'adage. De même qu'on doit accepter de maintenir un enrichissement indu, pour rendre plus efficace la sanction, on doit aussi accepter de punir davantage l'un des coupables au profit de l'autre, qui a peut-être été « l'instigateur même de la fraude » (40). Moyens injustes que légitime le but visé.

99. Enfin, il ne faut pas davantage s'arrêter à la théorie de certains canonistes qui font de la maxime une idée purement morale. On repousserait le plaideur qui recourt à la divulgation de ses torts, parce

(38) Ajouter aux arrêts cités, p. 123, le jugement postérieur du Trib. Rouen, 30 janvier 1894 : *Gaz. Pal.*, 94. 1. 322.

(39) En ce sens, DUBOIS, note au S. 74. 1. 241 ; et M. BRISSAUD, *ouv.* cité, p. 178.

(40) Limoges, 11 juin 1898 : S. 1900. 2. 302.

qu'il est immoral d'avouer sa faute dans un intérêt pécuniaire; c'est montrer qu'on n'en a pas le repentir (41). Formule trop large, trop exigeante et scrupuleuse. Nous venons de le voir, la maxime *Nemo auditur* procède rudement, avec quelque injustice. Quand l'intérêt d'une loi est en jeu, on peut aller jusqu'à accepter ces résultats — dans une certaine limite encore — mais pour une simple question de délicatesse morale, provoquer ces iniquités, c'est choisir de deux maux le pire. On empêchera l'une des parties de réclamer ce qui lui est dû, parce que cette demande est choquante, et l'on donnera à l'autre ce qui ne lui revient pas en justice.

La Jurisprudence a déjà fait cette expérience au XIX^e siècle. Il sembla immoral tout d'abord de demander à prouver une simulation opérée dans un but frauduleux (42). En conséquence, les Tribunaux ordonnèrent le respect de contrats qui, en réalité, n'avaient jamais été voulus (43). L'intérêt de la loi fit rapidement admettre une série d'exceptions (44), et l'on finit par ne plus appliquer ce refus d'action qu'au cas où le simulant avait voulu « nuire à au-

(41) Un jugement récent paraît partager cette opinion : il repousse le plaideur qui se « prête à des sentiments peu avouables ». Trib. Seine, 6 juin 1917 : *Gaz. Trib.*, 18. 2. 348. Il eût mieux valu se fonder sur l'absence de preuve, du chef du demandeur.

(42) Voir notamment le jugement du Tribunal de Limoges, 27 février 1844, sous Limoges, 16 avril 1845 : D. 46. 2. 191. La preuve de la simulation est admise, quand il n'y a pas eu pensée de fraude : Bordeaux, 29 novembre 1828 : S. 29. 2. 140 ; Toulouse, 9 janvier 1821 : S. 21. 2. 242.

(43) Voir page 99, note 18. C'est l'illogisme de cette solution qui a entraîné les Tribunaux en sens contraire : Aix, 25 janvier 1871 : D. 71. 2. 53 ; Civile, 25 avril 1887 : D. 87. 1. 397.

(44) Orléans, 15 mars 1845. En ce sens, BÉDARRIDE « *Traité du dol et de la fraude* », Paris, 1876, 3^e éd., t. 3, p. 381 et s. ; DEXANT « *De la simulation* », Thèse Bordeaux, 1909, p. 58. Voir en outre les notes de la p. 99 *supra*.

trui » (45). Il y avait alors, de sa part, une véritable faute morale. Mais cette position tend à être abandonnée, et, de plus en plus, la Jurisprudence tolère la preuve de la simulation, fût-ce dans l'hypothèse où des tiers ont été fraudés, par exemple les créanciers en cas de saisie (46). Leur intérêt n'est pas assez primordial pour justifier l'emploi d'un moyen d'exception comme l'adage (47).

Pour la même raison, il faut écarter l'application de la règle *Nemo auditur* en matière de dol mutuel, où Ulpien appliquait la règle *in pari causa*. L'intérêt privé de co-contractants victimes de dol réciproque ne suffit pas pour qu'on recoure aux sévérités de l'adage.

Cependant, il faut reconnaître que la Jurisprudence hésite parfois à limiter la maxime aux cas où l'intérêt public est en jeu. Un Tribunal s'est servi de la règle *Nemo auditur* pour protéger un incapable contre les menées frauduleuses de ses co-contractants (48). C'est une décision trop rigoureuse.

Cette critique des différentes conceptions vicieuses de la maxime nous permet de fixer plus nettement quelques-uns de ses caractères. C'est une mesure prise
A L'ÉGARD DE DEMANDES INTÉRESSÉES, et non pas en

(45) Trib. de Rocroy, 17 août 1826, sous Cass. Civile, 26 août 1831 : D. 31. 1. 283.

(46) Limoges, 28 novembre 1849 : S. 51. 2. 413 ; Trib. Montpellier, 5 mai 1875 : S. 76. 2. 295 ; Pau, 21 février 1912 : S. 12. 2. 120 ; DEXANT, ouvr. cité, p. 58 et 59 ; CAZAL « *Etude... sur les actes simulés* », Thèse Montpellier, 1897, p. 53 ; *Contra* : Chambéry, 6 mai 1861 : S. 61. 2. 563 ; Trib. Millau, 2 avril 1897 : S. 1901. 1. 144 (mais des hypothèques avaient été consenties par le propriétaire apparent).

(47) C'est la distinction proposée par J. BÉDARRIDE, ouvr. cité, p. 382 « Nous distinguons suivant que le but que se sont proposés les parties est prohibé dans un intérêt privé ou d'ordre public ».

(48) Req., 26 mars 1877 : D. 77. 1. 488.

conséquence de tout acte illicite volontairement commis. Elle est PRÉVENTIVE plutôt que répressive, elle vise un effet général plutôt qu'elle ne se limite au procès en cause. Elle a pour raison d'être et pour limite LA PROTECTION D'UNE RÉGLEMENTATION D'INTÉRÊT PUBLIC.

**§ 5. — Les emplois abusifs de l'adage
en des hypothèses relevant d'autres théories.**

100. Les cas relevant de la théorie du dol et de la violence. — 101. Les cas relevant de la fraude à la loi. — 102. Les cas de nullité pénale. — 103. Les cas relevant directement de l'article 1131 (actions en exécution d'un acte illicite). — 104. Les cas relevant de la théorie de l'obligation naturelle.

100. A la suite des sens erronés de la maxime *Nemo auditur*, nous sommes amenés, pour préciser son rôle, à critiquer les emplois abusifs de l'adage en des hypothèses relevant d'autres théories.

L'exemple le plus connu est l'emploi traditionnel qu'on en fait depuis le Droit romain, en cas de *turpitudinis solius accipientis*. Sans aller jusqu'à nier la possibilité d'une turpitude unilatérale (49), il faut rejeter les hypothèses qu'en ont imaginées les jurisconsultes romains. Du moment que l'*accipiens* a subi un dol, une violence qui l'ont déterminé à contracter, il n'a pas librement consenti à l'immoralité ; il n'y

(49) Il faut supposer que la violence faite au consentement a été légère et n'a pas empêché qu'il soit librement donné à l'acte prohibé. C'est le cas du pourboire illicite. Voir *Infra*, p. 266. La Jurisprudence, entraînée par la Tradition, fait souvent allusion à cette distinction de deux turpitudes : Paris, 4 février 1854, précité ; Caen, 23 février 1905 : *Gaz. Trib.*, 1905, 2^e sem., 2. 27

a pas de contrat illicite pour lui. Le recours en justice ne lui est pas donné en tant que contractant, mais en tant que victime d'une fraude. Son cas relève de la théorie du dol, de la violence, non pas de celle de l'indignité (50).

101. Tout récemment, on a fait appel à la maxime dans une hypothèse où il eût plutôt fallu faire appel à *la fraude à la loi*. Il s'agit d'un divorce demandé pour cause d'adultère par l'époux qui a lui-même organisé la séduction de sa femme (51). Pour parvenir à un résultat direct interdit, le divorce par répudiation, il a donc employé des procédés détournés et coupables. C'est l'objet propre de la théorie de la fraude à la loi d'empêcher cette manœuvre. La maxime est réservée aux cas où le résultat cherché est lui-même conforme à la légalité.

102. Nous n'acceptons pas davantage la règle *Nemo auditur* dans les hypothèses de *nullité à caractère pénal*. En effet, si la loi a voulu protéger par ce procédé les intérêts privés d'une personne, il faut recourir aux règles de l'incapacité relative, au moins par analogie (52). Mais l'adage n'a pas à être invoqué, croyons-nous, puisque l'intérêt public n'est pas en jeu. Si la nullité protège bien l'ordre public, d'autres motifs obligent à la même solution. La maxime est très sévère, elle repousse un plaideur simplement,

(50) En ce sens, M. SAVATIER, *ouvr. cité*, p. 357 et 369.

(51) Cf. TZARANO « *Etude sur la règle Nemo auditur* », p. 58, à propos de l'arrêt de Bordeaux, 11 février 1907 : S. 1908. 2. 76 ; et de celui de Bruxelles, 19 juin 1909 : D. 1911. 2. 29.

(52) Ainsi fera-t-on dans l'hypothèse de l'art. 1597 du Code Civil, ou du commissionnaire contre partiste.

parce qu'intéressé ; elle protège la nullité, uniquement parce que sa rigueur est mise en défaut. Il ne faut rien moins que le texte très lâche de l'art. 1131 pour permettre cette interprétation si ondoyante qui suit toute la pensée des coupables. En présence de dispositions précises, il devient beaucoup plus prétorien de repousser le plaideur.

Outre cette question de texte, les raisons d'agir ne sont plus les mêmes. Prenons le cas de l'interdiction légale. C'est une réglementation étroitement édictée, très sévère pour l'interdit. Parce que le hasard des circonstances produit une fois un avantage pour le coupable, la loi est-elle en danger ? Faut-il surenchérir sur ces rigueurs (53) ? De même, si l'on s'éloigne du domaine strict des « nullités pénales », doit-on appliquer la maxime au possesseur de mauvaise foi, arguant de l'art. 555-3° (54) ? Nous en doutons. On se sert de l'adage pour l'art. 1131, parce que l'illicéité n'a souvent pas d'autre sanction que cette nullité, dont on a justement l'occasion de faire respecter la rigueur. Mais ces circonstances ne se retrouvent pas dans les cas de nullité pénale ou dans le cas de l'art. 555, mesures assez répressives par elles-mêmes.

Si isolé que puisse paraître notre avis, il se rattache à toute une tradition de l'Ancien Droit. Les Bartolistes estimaient que l'adage ne s'applique plus quand

(53) Cet avis est pourtant celui d'éminents auteurs : M. JAPIOT, *ouvr. cité*, p. 624 ; M. RIPERT, *ouvr. cité*, p. 175 ; MM. SAVATIER et RIPERT « *Les personnes. Etat et capacité* » (*Traité de droit civil français*, par MM. Planiol et Ripert), Paris, 1925, p. 337. Dans le sens du texte : BUFNOIR « *Propriété et contrat* », p. 665.

(54) L'application de la règle est proposée par M. GUÉNÉE, note au D., 1906. I. 513, et MM. COLIN et CAPITANT « *Cours de droit français* », t. 1, p. 853.

« la turpitude a été découverte » (55), c'est-à-dire quand un jugement a prononcé sur elle. Ils pensaient que la sentence conférait un droit indiscutable, fût-il exercé d'une façon intéressée. Sage restriction : quand ils accordent un droit d'une manière aussi précise, la loi, le juge ont pris de suffisantes précautions. Montrer plus de rigueur, vouloir pénétrer la volonté des plaideurs, c'est un soin inutile sans doute, dangereux peut-être, vu la sévérité des règles d'application de la maxime ; en tout cas, c'est une mesure qui dépasse la loi.

103. L'emploi de l'adage a encore été suggéré par un auteur pour repousser une action non plus en répétition, mais *en exécution de l'acte illicite*. Constatant la difficulté qu'on a de tirer de la théorie de la cause une application assez générale pour comprendre tous les contrats qu'on veut voir annulés, M. Savatier a proposé de fonder la nullité de ces conventions sur la règle *Nemo auditur*, plutôt que sur l'art. 1131 (56). Du moment qu'on voudrait agir dans une intention répréhensible, on ferait valoir « sa turpitude » en justice et on devrait être repoussé, malgré ses droits apparents. Peut-être, au sens large, la maxime *Nemo auditur* se prête-t-elle à cette extension ; mais on l'entraîne ainsi en dehors de tous ses cadres traditionnels. Ce qui fait l'originalité de cette règle, c'est l'opposition entre l'intérêt qu'a la Loi à la répétition

(55) BARTOLE, sur la loi *Procurator*, Dig. XII, 2.

(56) R. SAVATIER, *ouvr. cité*, p. 342. Même avis dans WAGNER, *ouvr. cité*, p. 8 et s. Il faut avouer que certaines formules employées par les arrêts (notamment celle que nous avons relevée, *supra*, p. 164, note 1) prêtent à cette interprétation.

et celui qu'elle a à la punition des coupables ; c'est encore le refus d'écouter celui qui prétend se faire appliquer une sanction. Il n'y a rien de tout cela dans les hypothèses d'action en exécution d'un contrat illicite. Malgré son intérêt, il faut donc repousser cette suggestion. Si on veut élargir notre conception de l'illicite, est-il prudent de se fonder sur une maxime détournée de son domaine et de ses règles traditionnels ?

104. Enfin, il est bon de signaler, en terminant (57), les confusions fréquentes que l'on peut faire entre l'application de l'adage et celle des *obligations naturelles*. Il semble qu'il devrait être facile de tracer cette distinction : la maxime est une peine qui frappe un coupable ; l'obligation naturelle est une reconnaissance au moins partielle d'un droit. Mais comme l'obligation naturelle provient souvent d'une obligation illicite, comme son résultat est aussi d'empêcher la répétition, comme, en outre, on annule toute promesse de payer, toute reconnaissance de dette pour les obligations naturelles nées à la suite d'actes prohibés (58), il est quelquefois très difficile de savoir si

(57) Signalons seulement pour mémoire l'emploi qu'on a fait de notre adage pour repousser l'incapable qui allègue son incapacité dans le but d'échapper aux conséquences de ses délits ou quasi-délits (observations sous *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 64). Il est préférable de fonder le refus d'action sur les règles même de l'incapacité, comme on le fait d'habitude. La demande de l'incapable n'a pas à être paralysée par une exception, elle n'est pas fondée ; son incapacité n'a pas pour but de favoriser ses agissements coupables.

(58) La transaction n'est pas valable : Agen, 5 décembre 1904 : *D.* 1907. 1. 385, sous *Req.*, 20 décembre 1905 (effets de complaisance) ; Toulouse, 30 juin 1874 : *S.* 75. 2. 20 (jeu) — ni la confirmation : Lyon, 24 août 1849 : *D.* 50. 2. 36 (jeu). L'exception est d'ordre public, *Trib. com. Seine*, 6 juin 1912 : *Gaz. Pal.*, 12. 2. 315 (jeu), et peut être soulevée d'office par le juge : *Trib. Valenciennes*, 19 mai 1904 : *Gaz. Trib.* 1904. 2^e sem., 2. 467 (opérations de médecine illégale). Cf. SIOURI « *Essai sur le critérium...* », p. 197.

la source d'une disposition est dans l'adage ou dans l'admission d'une obligation de cette catégorie. Quelle meilleure preuve donner à l'appui que l'art. 1967, dont, depuis cent ans, on s'efforce de chercher l'explication (59) ? De même, ces deux raisons ont été tour à tour invoquées pour justifier le maintien des prestations en cas d'opérations de médecine illégale, de contre-lettres en matière de cessions d'offices ministériels, d'opérations par coulissiers.

Il faut se guider sur des nuances pour décider. Ainsi pour le jeu et les opérations par coulissiers, la maxime est la raison dominante du refus d'action, nous semble-t-il (60). En matière de contre-lettres dans les cessions d'offices ministériels, on pouvait alléguer l'adage, mais non pas les principes de l'obligation naturelle (61). Dans ces cas, en effet, la loi a trop d'intérêt à la poursuite des coupables pour leur

(59) Dans le sens de l'obligation naturelle : DEMANTE « *Cours analytique de Code Civil* », t. 8, p. 157 ; LAURENT « *Principes de droit civil* », t. 27, p. 220 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL « *Contrats aléatoires* », p. 40 ; TÉOHARI « *Du paiement de l'indû* », Thèse Paris, 1897, p. 125 ; RAYNAL, note au D. 1904. 2. 449 ; COLIN et CAPITANT « *Cours élémentaire de droit civil* », t. 2, p. 69 ; NAQUET, note au S., 1913. 1. 297 ; R. SAVATIER, *ouv. cit.*, p. 291 et 416. — *Contra* : MOURLON « *Répétitions... sur le Code civil* », t. 3, p. 473 ; HUC « *Commentaire... du Code civil* », t. 11, p. 421 ; GUILLOUARD « *Contrats aléatoires* », p. 47 ; GODARD, *concl. sur* Paris, 16 mars 1882 : D. 82. 2. 98 ; BUCHÈRE « *Traité... des opérations de Bourse* », Paris, 1892, p. 473 ; FRÈREJOUAN DU SAINT « *Jeu et pari* », Paris, 1893, p. 23 ; PLANIOL « *Traité élémentaire de droit civil* », Paris, 1909, 5^e éd., t. 2, n° 2110 ; RIPERT, *ouv. cit.*, p. 371. — Pour la Jurisprudence, outre celle qui est citée *supra*, p. 100, Cf. dans le sens de l'obligation naturelle : Paris, 28 janvier 1853 : D. 53. 2. 136 ; (à l'étranger) Cour appel Rome, 15 octobre 1898 : S. 99. 4. 37 ; *Contra* : Paris, 3 juin 1854, sous Civile, 19 juin 1855 : D. 55. 1. 292 ; Paris, 29 novembre 1858 et Req., 22 août 1859 : D. 59. 1. 290 ; Trib. Marseille, 1^{er} mai 1863, sous Civile, 24 juillet 1866 : D. 66. 1. 387 ; même tribunal, 21 janvier 1868, sous Aix, 5 juin 1868 : D. 68. 2. 168 ; Rennes, 7 décembre 1882 : S. 83. 2. 172 ; Cass. belge, 19 novembre 1891 : *Pand. franç.*, 92. 5. 41.

(60) C. CRÉPON « *De la négociation des effets publics* », Paris, 1886, p. 68 ; R. SAVATIER, *ouv. cit.*, p. 415, admettent l'obligation naturelle consécutive à une négociation effectuée en coulisse.

(61) Voir *supra*, p. 113.

reconnaître un droit; le maintien des prestations s'interprète nécessairement comme une sanction. Il est plus difficile de se prononcer au sujet des opérations de médecine illégale. Des circonstances de fait interviennent: le traitant a-t-il donné ses soins simplement par occasion? Il peut être considéré comme créancier d'une obligation naturelle (62). S'agit-il d'un charlatan? La loi ne lui reconnaît pas de droit à une rémunération; s'il conserve ce qu'on lui a remis, c'est parce que la loi tient à punir son co-contractant; il bénéficie d'un simple concours de circonstances (63).

**§ 6. — *Fondement juridique*
*de la maxime Nemo auditur.***

105. Critique des interprétations de l'article 1131. — **106.** L'interprétation jurisprudentielle de l'art. 1131 et le fondement de la règle *Nemo auditur*.

105. Puisque l'adage *Nemo auditur* a pour rôle de protéger la nullité de l'article 1131, son fondement juridique ne se trouve pas dans « un principe d'ordre supérieur », mais *dans cet article* (64). Il reste à voir de plus près comment la maxime se déduit du sens réel et profond de cette disposition.

(62) En ce sens : Besançon : 19 janvier 1872 : D. 72. 2. 136.

(63) Orange, 8 mai 1883 : *Gaz. Pal.* 84. 1. 383.

(64) On peut donc pour obtenir le maintien des prestations invoquer simplement l'art. 1131, au lieu de l'adage; c'est la tendance actuelle de la Jurisprudence. — Pour la répétition, l'art. 1131 devrait également suffire; elle est un droit propre qui dérive de l'inefficacité de la cession (en ce sens : Trib. Empire allemand, 1^{er} déc. 1891 : D. 93. 2. 12; Trib. Vervins, 21 juillet 1911 précité). — Les Tribunaux préfèrent ordinairement se fonder sur la répétition de l'indû de l'art. 1235 ou sur le droit de propriété qui n'a pu être valablement transmis : Le premier motif ne peut jouer que par analogie (Trib. Bar-le-Duc : 7 mars 1906, sous Req. 19 mars 1907 : D. 1907. 1. 269) et le deuxième n'exprime qu'une conséquence indirecte de l'art. 1131.

On sait que l'on a tiré de l'article 1131 deux formules opposées. D'après la première, ce texte signifie que la loi ignore l'acte illicite. Pour qu'il n'ait « aucun effet », cette disposition lui refuse non seulement la possibilité d'engendrer des conséquences propres, mais l'existence, même en tant que fait matériel. On ne peut donc jamais l'invoquer. Formule ingénieuse, mais inexacte. Il suffit d'observer que, si elle était rigoureuse, on pourrait l'appliquer au cas d'un acte non exécuté. Pourtant, personne ne songe à contester qu'alors l'acte illicite puisse être la base d'une exception. La loi le connaît à ce moment, puis l'ignore. C'est une preuve que la formule qu'on propose est limitée, qu'on ne s'en sert que dans certaines conditions et selon un but prémédité. Ce n'est qu'un procédé.

Il faut en dire autant de la deuxième explication de l'article 1131: Si l'acte ne peut avoir aucun effet, comment servirait-il de base à un paiement? donc l'article 1235 doit être appliqué pour faire répéter ce « paiement sans cause ». — Le raisonnement est spéculatif: en réalité, il n'y a pas eu « paiement sans cause », mais « sur cause illicite », et abstraire cette illicéité, c'est défigurer les faits (65). On ne peut le

(65) Des arrêts de Caen, 29 juillet 1874 : D. 75. 2. 128 ; Rennes, 26 août 1884, cassé par Civile, 25 janvier 1887 : D. 87. 1. 465 repoussent cette assimilation des hypothèses de l'art. 1131 et de l'art. 1235, que font notamment : Toulouse, 2 août 1882 : D. 83. 2. 82 ; Trib. Empire allemand, 1^{er} déc. 1891 précité ; Besançon, 6 mars 1895 : D. 95. 2. 224 ; Poitiers, 28 décembre 1896 : *Gaz. Pal.* 97. 1. 114 ; Paris, 12 juin 1912 : *Gaz. Pal.* 12. 2. 33 ; Vervins, 21 juillet 1911 : *Gaz. Pal.* 12. 2. 136 (infirmé par Amiens, 1^{er} avril 1912) ; Civile, 25 janvier 1921 : D. 24. 1. 134 ; Trib. Vesoul, 23 janvier 1925 : D. 25. 2. 70. — Aux auteurs cités *supra*, p. 76, note 17, ajoutons, comme signalant le lien indissoluble entre le paiement et son but illicite : DELAMARRE et LE POITVIN « *Contrat de commission* », t. 1, p. 110 ; RUBEN DE COUDER « *Dictionnaire de droit commercial* », Paris, 1881, v^o société, n^o 121 et s. ; G. RIPERT, *ouvr. cité*, p. 184. *Contra*. A. WAGNER, *ouvr. cité*, p. 62 ; M. PRÉDELIEVRE, *ouvr. cité*, p. 265 et les auteurs cités n^o 63 *supra*.

permettre arbitrairement. Les Tribunaux l'ont bien reconnu en repoussant le demandeur qui réclamait des dommages-intérêts (66), en empêchant le défendeur de renoncer à la restitution de l'indu (67). Ils n'allèguent l'absence de cause du paiement que dans une certaine mesure et s'empressent d'en repousser les conséquences quand elles leur paraissent fâcheuses.

En recourant tantôt à l'une, tantôt à l'autre de ces interprétations de l'article 1131, en n'en tirant que des déductions limitées, la Jurisprudence a montré qu'elle y voyait uniquement *des procédés*, contrairement aux auteurs qui ont pris trop au sérieux l'une et l'autre argumentation.

106. Essentiellement, il n'y a rien dans l'article 1131 pour régler les conséquences des actes illicites exécutés. Les explications qu'on en déduit ne sont que des formules utiles, mais nullement légales. C'est seulement *par analogie* avec les cas vraiment prévus par l'article 1131 qu'on peut raisonner et leur donner une certaine valeur juridique.

L'article 1131 montre chez le Législateur *la volonté d'empêcher l'acte illicite de se réaliser*. On peut en conclure qu'au cas où il est accompli, il est souhaitable que ses conséquences soient effacées. Mais cette remise au *statu quo ante* est matérielle plus que réelle; elle est plus ou moins incomplète, approxima-

(66) Rennes, 21 février 1890 : *Gaz. Pal.* 90. 1. 624.

(67) Civile, 19 avril 1852 : *D.* 52. 1. 105.

tive (68). Elle est d'ailleurs prononcée sur l'initiative d'une partie coupable, donc dans ses intérêts. Et alors se présente un danger, c'est que le demandeur soit favorisé et, par là, encouragé à renouveler ses infractions. Le péril auquel voulait parer l'article 1131 — l'extension des actes illicites — *reparaît de ce côté*, tout à fait réel. Cette disposition autorise donc toute mesure pour y remédier et justifie l'application de l'adage *Nemo auditur* qui empêche la nullité de tourner au profit du demandeur.

Il s'agit donc de comparer ces deux intérêts : l'intérêt qu'a la loi à rétablir la « matérialité » du *statu quo ante*, et celui qu'elle a à repousser le coupable plaidant pour ses avantages (69), ou si l'on veut s'exprimer autrement, il s'agit de savoir quel effet de l'obligation illicite il vaut mieux tolérer : l'effet direct et objectif ou l'effet indirect et subjectif. Beaucoup de considérations interviennent dans cet examen, qu'il était impossible de faire dans un texte. Il a été l'œuvre de la Jurisprudence élaborant le critérium d'application de la maxime *Nemo auditur*.

(68) Cf. la conclusion de M. ROUBIER, dans son ouvrage « *Essai sur la responsabilité précontractuelle* », Thèse Lyon, 1911 « Le rétablissement de l'état qui aurait existé sans l'intervention de l'acte ne peut être obtenu qu'approximativement ; il n'est pas au pouvoir des hommes de supprimer toute une période de temps et de reprendre à la date de l'acte le cours des événements ; ainsi une fiction se trahit dans cette conception de la nullité qui établit une corrélation stricte entre la construction et la destruction de l'acte », p. 304.

(69) Cf. P. HUET « *Le courtage matrimonial* ». Thèse, Paris 1910, p. 103. M. SOLUS (note au S. 1928. 1. 12) a montré aussi que c'est « la brutale application » de l'adage qui « aboutit à une méconnaissance grave de l'art. 1131 ».

CHAPITRE V

Le critérium d'application de la maxime *Nemo auditur*.

§ 1. *Les cas d'espèce et les solutions de pure équité.* — § 2. *Les critères fondés sur la nature de la loi violée.* — § 3. *Les critères fondés sur la moralité de la demande.* — § 4. *Critérium proposé.* — § 5. *Application de ce critérium.*

107. *Portée générale des recherches sur le critérium d'application de la règle Nemo auditur.*

107. La maxime *Nemo auditur* trouve une première limitation dans les exigences de l'intérêt public. Il est des cas où la remise des choses à leur état antérieur s'impose au-dessus de toute autre considération; l'adage doit cesser de s'appliquer, bien qu'on satisfasse ainsi aux désirs d'un coupable. C'est à la Jurisprudence, comme nous l'avons dit, qu'en règle générale revient le soin de définir ces cas. Il n'y a dans la loi que quelques hypothèses prévues: le règlement des contrats contenant une dissimulation fiscale et des traités particuliers passés par le failli. Il est important de remarquer cependant que ces solutions données par le Législateur ne sont pas en désaccord avec

celles des Tribunaux. Elles ne sont intervenues que pour confirmer le système de la Jurisprudence en des points plus spécialement importants ou douteux. Avant la loi de 1912, il était de tradition que la répétition était obligatoire en matière de traités occultes relatifs aux cessions d'offices ministériels, et pour les autres dissimulations fiscales, la nullité faisait doute, mais non pas la répétition consécutive à la nullité (1). Avant la loi de 1838, toute une partie des Tribunaux reconnaissait déjà au failli le droit d'attaquer le contrat qu'il avait consenti (2). L'œuvre législative confirme ainsi et dépasse l'œuvre de la Jurisprudence, mais se développe en harmonie avec les mêmes principes. L'étude du critérium d'application de la règle *Nemo auditur* découvre une large théorie, non pas seulement jurisprudentielle, mais générale.

§ 1. — *Les cas d'espèce et les solutions de pure équité.*

108. *Les contradictions de la Jurisprudence.* — 109. *Influence des tendances d'équité.* — 110. *Influence des considérations d'espèce.*

108. On est d'accord pour reconnaître l'obscurité du critérium selon lequel est appliquée la maxime. En parcourant les décisions des tribunaux, on a d'abord l'impression d'être en présence d'un véritable chaos où fourmillent les contradictions (3).

Cette impression s'atténue, il est vrai, quand on remarque que plusieurs de ces oppositions sont pure-

(1) D'ailleurs la répétition n'est pas prononcée expressément par la loi. Elle est déduite comme une conséquence. Voir *supra*, p. 80.

(2) Voir *supra*, p. 78.

ment apparentes. La Jurisprudence ne s'attachant pas à construire un système, certains désaccords peuvent exister dans les motifs qu'elle allègue et les raisonnements dont elle se sert, sans qu'ils impliquent de véritables contradictions. Il ne faut tenir compte que des oppositions qui existent entre les solutions de fond adoptées.

109. Même ainsi réduit, leur nombre reste cependant assez considérable. On ne doit pas s'en étonner car l'application de la maxime *Nemo auditur* a été déformée dans la pratique par l'influence des tendances d'équité (4). Cette matière y prêtait beaucoup par elle-même. Les théories, les textes légaux ne fournissaient en effet qu'un appui vacillant à la Jurisprudence. Ballottée d'un système à l'autre, essayant successivement de leurs arguments et les trouvant tous également insuffisants, elle a été amenée naturellement à chercher un appui plus sûr dans la considération des faits et les solutions de pure équité. La maxime n'a plus été alors alléguée que pour justifier un résultat souhaité, c'est-à-dire au hasard des circonstances. De là, les oppositions qui se rencontrent dans les décisions des Tribunaux.

L'exemple le plus frappant de l'influence de ces tendances d'équité sur l'emploi de la maxime est le sui-

(3) On a souvent signalé l'incertitude de la Jurisprudence : M. APPERT, note au D. 95. 1. 263 ; L. DUBREUIL « *Des mobiles dans les contrats* », p. 75 ; M. PIÉDELIEVRE « *Des effets produits par les actes nuls* », p. 269 ; M. SAVATIER « *Des effets et de la sanction du devoir moral* », p. 443 et 444 ; G. RIPERT « *La règle morale* », p. 176

(4) M. ARBUS « *De la cause illicite* », p. 151 ; A. WAGNER « *La nullité de la cause illicite* », p. 77 ; J. OLIVIER « *De la sanction des obligations illicites* », p. 54 ; G. SIOUFI « *Essai sur le critérium des obligations illicites* », p. 233.

vant : Quand des contrats illicites ont été exécutés, il est contraire à la bonne foi de les remettre en question pour un simple intérêt pécuniaire. C'est un moyen de revenir sur la parole donnée. La maxime *Nemo auditur* qui aboutit au maintien des prestations permet d'empêcher cet injuste résultat (5). Cette application équitable ne doit pourtant pas faire oublier les autres intérêts en jeu dans le procès. Quand une réglementation, motivée par une raison d'ordre public, apporte sciemment le trouble dans des tractations exécutées, en permettant aux coupables de revenir sur elles, il ne faut pas regarder à la mauvaise foi des demandes, sous peine d'aller contre le but même de cette réglementation et de lui supprimer toute portée pratique (6). La préoccupation de rendre des décisions équitables a souvent égaré les juges. Habituels à recourir à l'adage en considération de ses résultats plus que de ses règles d'application, ils ont rendu, maintes fois, des décisions tout à fait illégales en ces matières (7).

(5) Ce souci apparaît souvent dans les motifs des jugements : Trib. com. Seine, 26 avril 1833, sous Paris, 20 février 1834 : S. 34. 2. 92 ; Trib. Limoges, 27 février 1844, infirmé par Limoges, 16 avril 1845 : D. 46. 2. 191 ; Riom, 23 janv. 1860, sous Civile, 19 mars 1862 : S. 62. 1. 825 ; Trib. com. Seine, 16 avril 1862, sous Req. 29 juin 1863 : S. 63. 1. 493 ; Riom, 17 août 1863, sous Req. 10 janvier 1865 : S. 65. 1. 110 ; cf. J. OLIVIER, ouvr. cité, p. 89 ; J. RAYNAL « *Etude sur les conventions immorales* », p. 158.

(6) C'est ce que montrent certains arrêts : Lyon, 17 juin 1925 : D. H. 1925. 507 ; Trib. Semur, 16 août 1920, sous Req. 26 août 1926 *Gaz. Pal.* 1926. 2. 203.

(7) Voir par exemple en matière de traités particuliers conclus par le failli : Paris, 23 mars 1843 : S. 43. 2. 419 ; en matière de contre-lettres relatives aux cessions d'offices ministériels : Poitiers, 12 janvier 1853, cassé par Civile, 24 juillet 1855 : S. 55. 1. 657 ; Metz, 14 février 1843 : D. 43. 2. 91 ; Chartres, 9 novembre 1849 : S. 51. 2. 397 ; Angers, 21 mai 1856, sous Req. 10 mars 1857 : D. 57. 1. 214. — En matière de dissimulations fiscales (loi de 1912) : Trib. com. Seine, 31 mars 1914 : *Gaz. Pal.* 14. 1. 683 ; Trib. com. Seine, 4 décembre 1920 : D. 1922. 2. 55 ; Tulle, 19 juillet 1924 : *Gaz. Pal.* 24. 2. 362 ; Trib. Digne, 23 juillet 1925 : *Gaz. Trib.* 1927. 2. 309 ; Trib. com. Seine, 30 déc. 1927 : *Gaz. Pal.* 28. 2. 398 et D. 29. 2. 65. (allègue l'amnistie). — L'immoralité de la solution légale a été souvent relevée : cf. M. CHEAVEGRIN, note au S. 1901. 2. 121 ; et d'autre part : CHARDON « Trai-

110. Rien de plus instable qu'une Jurisprudence qui se fonde sur de tels arguments. Tantôt c'est la répétition, et tantôt c'est le maintien des prestations qui est le procédé le plus équitable. Suivant les circonstances, il faut recourir à l'une ou à l'autre (8). Et cette pente est glissante ; les suggestions de l'équité conduisent bientôt à se guider sur de pures raisons de fait : le prix de la vente était juste : on donne raison au vendeur (9) ; le loyer était surfait : on repousse le propriétaire (10).

Ces applications toutes pratiques de la règle *Nemo auditur* sont connues et évidentes. De l'avis commun, les textes invoqués en matière d'opérations en coulisse ne sont qu'une « trouvaille » (11). Les juges eux-mêmes ne cachent pas ces procédés. Troplong déclare qu'en un procès de ce genre qu'il avait à juger, ce n'était pas sur la solution à adopter qu'il hésitait, mais sur les motifs à donner (12). Certaines décisions donnent à entendre aussi clairement que le recours à la maxime est purement occasionnel (13). Quelquefois, ce n'est pas même le résultat de l'acte litigieux qui est considéré, mais celui d'un acte ana-

té du dol et de la fraude », t. 2. p. 115 ; CASTILLON « *Manuel de l'enregistrement* », v^o dissimulation (d'après les observations, sous S. 1924. 2. 94) ; M. BALLEYDIER, note au S. 27. 1. 17., et surtout les protestations élevées à la tribune des Chambres, à propos de la discussion du projet de 1871 (Journ. Off., 25 août 1871, p. 2860 et s.), et de la loi de 1912 (*Débats parlém.*, Sénat 1911, p. 422).

(8) Si les prestations ne sont pas également susceptibles de répétition, la maxime est plus équitable (Alger 9 mai 1894 : D. 95. 2. 21 et Trib. de Digne, 23 juillet 1925 précité). S'il n'y a eu accomplissement que d'une prestation, c'est la répétition qui s'impose en équité : Amiens, 1^{er} avril 1912 : *Gaz. Pal.* 12. 2. 136.

(9) Poitiers, 8 février 1922 : D. 22. 2. 34.

(10) Trib. des Bouches-du-Rhône, 23 mai 1928 : D. H. 1928. 410.

(11) Voir *supra*, page 137.

(12) TROPLONG « *Contrats aléatoires* », p. 350 et s.

(13) Trib. des Bouches-du-Rhône, 23 mai 1928 précité « C'est le cas où jamais d'appliquer l'adage « *in pari causa* »,

logue auquel on veut que la solution choisie puisse s'étendre, et, dans les arrêts, figure ce considérant inattendu qu'il n'y a qu'à supposer un autre délit pour qu'aussitôt la solution à donner ne fasse plus doute (14). Sur cette unique raison, on se décide.

Que devient une théorie quand elle est ainsi comprise ? Les conditions d'application, bientôt le sens de l'adage ne résistent pas à ces tendances déformatrices. Il n'y a plus de règles, il n'y a que des raisons subjectives, de valeur très contestable, pour motiver les jugements. Il est encore étonnant que l'influence de ce mouvement n'ait pas été plus considérable et se réduise à des exceptions. La Tradition a préservé le juge de trop grands errements. Dans ses grandes lignes, l'emploi de la maxime *Nemo auditur* est resté soumis à certaines règles, à un critérium général, que l'on va essayer d'indiquer maintenant.

§ 2. — *Les critères fondés sur la nature de la loi violée.*

111. Critérium fondé sur la nocivité du paiement ou de l'acte payé. — 112. Critérium fondé sur la distinction des actes immoraux et des actes illicites.

111. Dès le début du XIX^e siècle, la Jurisprudence s'aperçut que, du caractère même de la prohibition, la répétition découlait parfois. Ainsi, en matière de cessions d'offices ministériels, l'annulation seule de la contre-lettre ne produit aucun résultat pratique, si la convention a été exécutée. On ne garantit le cessionnaire contre la ruine qui le menace qu'à condition

(14) TROPLONG, *ibidem* ; BECOT, concl. sous Amiens, 14 janvier 1859 : D. 59. 2. 70 ; Paris, 29 nov. 1858, sous Req. 2 août 1859 : D. 59. 1. 290.

de l'autoriser à répéter l'argent versé en sus du prix ostensible. « Il importe à l'intérêt social que la somme revienne dans la main du cessionnaire » (15). C'est ce versement des deniers qui est néfaste pour l'ordre public ; tant qu'il n'est pas restitué, le péril, « la cause illicite », subsiste (16). Les raisons mêmes qui dictaient la loi dictaient cette conséquence, la répétition.

Restriction bien étroite encore, qu'on fut obligé d'élargir. Il faut, en effet, pour qu'elle s'applique, que ce soit le fait même du versement de l'argent, qui cause le dommage redouté par la loi. Or, bien souvent, ce versement ne le cause qu'indirectement. Ainsi, pour la mise en société d'offices ministériels, le versement de la somme apportée n'est pas nuisible en soi à l'ordre public. Ce qui est dangereux, c'est l'ensemble des opérations qui s'ensuivent, le fonctionnement de la société, parce qu'il distrait le fonctionnaire de ses occupations et de la réserve qui lui sied.

On a donc voulu trouver un critérium qui fût le plus large possible et permit d'atteindre de nouvelles infractions. On a appliqué la répétition à tous les cas où le *paiement* est funeste à l'intérêt public, la refusant dans les hypothèses où c'est l'*acte payé* qui est prohibé (17).

(15) Req. 1^{er} août 1844 : S. 44. 1. 582 ; Req. 11 août 1845 : D. 45. 1. 342 ; Caen, 12 février 1845 : S. 45. 2. 184.

(16) Aix, 7 mars 1843, sous Req. 1^{er} août 1844 précité.

(17) Ces expressions sont de M. MEYNIAL, note au S. 90. 2. 97. La première d'entre elles se trouve déjà dans un arrêt de Caen, 12 février 1845. S. 45. 2. 184. M. MEYNIAL en emploie également d'autres, équivalentes « Ce n'est pas le contrat lui-même qui est immoral, c'est l'objet sur lequel il porte ». — M. GUIRAUDET, ouvr. cité, p. 67, partage l'opinion de M. Meynial. *Contra* : DUBREUIL, ouvr. cité, p. 75.

Il faut interpréter cette formule un peu concise. Le paiement est *l'acte matériel*, le versement de la somme, par exemple. L'acte payé, c'est la faute elle-même, *l'intention coupable*. On s'explique alors cette distinction. Toutes les fois que la loi s'attache à la matérialité de la situation, à propos de laquelle l'acte illicite s'est produit, la remise au *statu quo ante* est souhaitable. Par une suite de répétitions, on parviendra à le rétablir, à « réintégrer les parties dans l'ordre » (18). Si c'est, au contraire, l'intention qui est mauvaise en soi, alors « le mal est fait ». La conscience des parties échappe à l'empire de la loi. On ne peut prétendre leur imposer des sentiments qui ne sont pas les leurs.

En conséquence, le juge obligera les contractants à se restituer l'indu en matière de mise en société d'offices ministériels. Ici l'intention des parties importe peu ; la mise en société, le fonctionnement de celle-ci sont des faits matériels que la loi peut régler aisément. Quand les associés se seront rendu leurs apports respectifs, tout effet de l'acte illicite aura disparu, au moins le pense-t-on. Dans l'hypothèse du jeu, au contraire, le mal est dans la frénésie qui s'empare du joueur, dans l'amour immodéré du gain dont il témoigne. Une fois le consentement donné par lui, une fois l'acte accompli, l'irréparable est commis. Ce n'est pas par le fait qu'on aura restitué sa mise au perdant que la loi aura reçu satisfaction.

Ce critérium paraît très large. La remise au *statu*

(18) Cette expression est de LAROMBIÈRE, ouvr. cité, t. 1, p. 332 et s., mais, comme on va le voir, cet auteur professe une théorie très voisine de celle que nous exposons ici.

quo ante devient la règle ordinaire : elle rend l'acte illicite inexistant, comme le veut l'art. 1131. On n'y fait exception que lorsqu'il s'agit d'atteindre la conscience des plaideurs. Tout procédé juridique étant alors absolument insuffisant, on laisse l'affaire en l'état. L'art 1131 s'efface seulement devant la force des choses.

L'influence des théories dominantes dans les études de droit, au milieu du xix^e siècle, apparaît visiblement dans ce critère. L'anéantissement de l'acte illicite est conçu comme représentant à la perfection la pensée de l'art. 1131. Les procédés juridiques sont maniés avec un caractère d'abstraction qui est frappant. D'après les partisans de ce critérium, du moment que l'argent a été restitué à celui qui en doit être détenteur, l'effet de l'acte illicite est complètement effacé. Apparemment, peut-être en est-il ainsi. Mais la situation juridique n'est pas tout. La valeur restituée équivaut-elle bien à celle qui a été donnée ? Et les manque-à-gagner, en tiendra-t-on compte, à moins de se jeter dans d'inextricables difficultés sur les relations de causalité ? La remise au *statu quo ante* n'est jamais complète. La valeur de ce procédé doit être considérée au point de vue non pas *théorique*, mais *pratique*, en tant qu'il garantit l'Etat contre les conséquences de l'acte illicite incriminé et contre l'extension de semblables infractions. Et c'est pourquoï encore la répétition garde son intérêt après des actes ayant une valeur purement morale. Elle a, vis-à-vis des coupables, au moins une utilité *répressive*. Le critérium proposé était à la fois *trop large et trop restreint*.

112. Cette théorie subit bientôt une évolution qui aboutit à la formation d'un nouveau critère. Il n'était pas toujours facile de déterminer quel était le but d'une prohibition, de savoir si la loi avait visé les conséquences ou l'acte lui-même (19). Ce système le précise d'une façon tout à fait évidente. Comme le remarque Larombière (20), la prescription qui a sa source uniquement dans la loi a une portée objective, elle peut et doit être respectée à tout prix ; il ne dépend pas des parties de l'enfreindre et il est toujours possible de les ramener au respect de cette réglementation. L'ordre moral est moins résistant. La loi est impuissante à en assurer le respect, malgré la volonté des coupables. Donc la répétition est utile et nécessaire, après *un contrat illicite* ; elle est inefficace à la suite d'un *contrat immoral* (21).

Peu à peu ce critérium finit par se détacher du précédent et il est adopté au cours du XIX^e siècle pour des raisons indépendantes. C'est l'époque où l'on conçoit la maxime comme protégeant la décence extérieure des procès. L'adage ainsi compris ne s'applique plus avec quelque raison qu'aux actes immoraux et il est naturel qu'on ait cherché à accuser leur opposition avec les actes simplement illicites.

Dans tous les cas, ce critérium aboutit à des résultats qui ne concordent pas toujours avec ceux que

(19) Voir les conclusions qu'en tire un arrêt, en matière d'opérations par coulissiers, Toulouse, 2 août 1882 : D. 83. 2. 82.

(20) LAROMBIÈRE, ouvr. cité, t. 1, p. 332 et s. — Comme nous l'avons dit, chez lui, ce nouveau critérium se sépare à peine du précédent.

(21) Cette théorie a été développée par M. PIC (note au D. 98. 2. 521) — sous réserve de ce qu'il dit, p. 575 « *Des sociétés commerciales* », Paris, 1925, 2^e éd. (coll. Thaller), tome 1. Ainsi que chez LAROMBIÈRE, ce critérium se présente, dans la note de M. PIC, comme une explication du critérium précédent. L'auteur emploie d'ailleurs certaines expressions de M. MEYNIAL

donne le précédent. Le trafic d'influence lèse les intérêts de l'ordre public. A ce titre, il est sanctionné par la répétition dans le système qui distingue l'acte illicite de l'acte immoral. Si l'on se fonde, au contraire, sur le but de la prohibition, c'est l'acte du corrupteur lui-même qui est visé, parce que funeste ; la conséquence, le fait qu'une somme est détenue par le corrompu, n'est pas dangereuse en soi ; la répétition est donc refusée.

Il est difficile de préciser quels signes permettent de distinguer un contrat illicite d'un contrat immoral (22). Se fonder sur ce fait matériel que la prohibition est contenue dans un texte légal serait une solution simpliste (23). Il vaut mieux considérer les intérêts en jeu : le contrat est illicite s'il viole les principes de l'ordre public ; il est immoral, s'il ne soulève que des questions de conscience.

Sous sa seconde forme surtout, ce critérium est devenu vraiment *traditionnel*. Déjà le droit romain peut-être (24), plusieurs auteurs de notre Ancien Droit acceptaient une distinction analogue (25). On en retrouve la trace dès les débuts du XIX^e siècle (26). Il se maintient en se développant jusqu'à nos jours, où il est adopté par les auteurs les plus éminents, comme MM. CAPITANT (27), DEMOGUE (28), RIPERT (29).

(22) Comme le remarque M. SAVATIER, *ouvr. cité*, p. 444.

(23) M. GUIRAUDET, *ouvr. cité*, p. 23, semble pourtant l'admettre.

(24) Voir *supra*, n° 11.

(25) Voir *supra*, pages 52, 56.

(26) CHARDON, *ouvr. cité*, t. 3, page 93.

(27) H. CAPITANT « *De la cause...* », p. 258.

(28) R. DEMOGUE « *Traité des obligations en général* », Paris, 1923, t. 2, p. 809.

(29) G. RIPERT, *ouvr. cité*, p. 179, sous réserve de ce qui sera dit plus loin. C'est également l'avis de M. SAVATIER, note au D. 29. 2. 34, de M. PERREAU « *Technique de la Jurisprudence* », tome 1, p. 176. — Citons encore les thèses de M. OLIVIER, *ouvr. cité*, p. 83 ; TZARANO, *ouvr. cité*, p. 100 ; H. DESBOIS « *La notion de fraude à la loi* », p. 64 ; SIOUFI, *ouvr. cité*, p. 255 (avec quelques réserves).

Dans ses traits généraux, cette théorie présente un intérêt indéniable, mais elle ne rend compte pourtant qu'imparfaitement de la Jurisprudence (30). On a des matières illicites où la maxime est acceptée (remèdes secrets, opérations en coulisse, contrebande) (31), tandis que certains contrats immoraux sont soumis à la répétition (courtage matrimonial, loterie). D'ailleurs, s'il est prouvé que l'adage a pour but de protéger la nullité, on ne voit pas pourquoi cette protection serait refusée contre les actes illicites (32).

§ 3. — *Les critères fondés sur la moralité de la demande.*

113. Critérium de M. Naquet. — 114. Critérium de M. Ripert.

113. Par opposition aux précédents critères qui font découler le refus d'action de la nature de la loi violée, en voici d'autres qui le fondent sur *la moralité de la demande*. A M. Naquet, semble-t-il, revient le mérite d'avoir aperçu le premier l'importance du mobile du demandeur dans l'application de la règle *Nemo auditur*. Cet auteur ne recherche pas la raison de la répétition dans les conséquences de l'acte accompli,

(30) L'importance de ces exceptions n'a pas échappé à M. le Professeur PIC (note au Dalloz précitée), qui y voit l'empire de considérations pratiques. Nous croyons justement que celles-ci sont la règle générale et que le critérium à trouver doit les classer, les ordonner.

(31) A moins d'admettre que la contrebande est immorale. Un arrêt de Douai (11 nov. 1907 : S. 1907. 2. 308) a admis qu'elle était « réprouvée par la conscience ». Mais alors, on étend à l'infini le cercle des contrats immoraux. On doit toujours en conscience obéissance à une loi juste. On voit, ici quelle difficulté on a pour tracer cette distinction de l'illicite et de l'immoral.

(32) M. GUIRAUDET, *OUVR. cité*, p. 23 ; M. HÉMAR *« Théorie et pratique des nullités de sociétés »*, p. 88, n'admettent pas ce critérium.

qui seraient plus ou moins nuisibles à l'ordre public (33). Il montre à cet égard un certain scepticisme sur l'efficacité du procédé à choisir pour sanctionner l'illicéité (34). Acceptant le mal accompli, il cherche plutôt à le limiter. Or le procès du plaideur qui veut réaliser un gain sans cause grâce à la nullité est odieux et immoral (35), la demande de celui qui entend se tirer sans dommage d'un acte illicite pour recommencer mieux à sa guise le cours de ses opérations n'est guère moins répréhensible (36). Accéder à ces prétentions qui se dissimulent sous l'apparence d'une action anodine, c'est, à la suite d'un premier mal, en permettre un second (37). *Le mobile du demandeur crée le danger de son action* et justifie l'application de la règle *Nemo auditur*. Les juges ne peuvent aider à la réalisation d'un projet illicite.

114 M. Ripert a proposé un système analogue, mais beaucoup plus complet, plus conforme à la tradition. Toutes les solutions habituelles s'y trouvent reprises, mais présentées sous un aspect nouveau. Pour cet auteur, l'indignité qui provoque le refus d'action naît « des qualités morales de celui qui exerce » le recours en justice (38), de l'impudence de l'être qui « par l'étalage d'un acte honteux voudrait se créer un titre » (39). Cette intention coupable rattache sa de-

(33) NAQUET, note au S. 13. 1. 297.

(34) Voir ce qu'il dit de l'efficacité de l'adage, et de la jurisprudence relative aux contre-lettres en matière de cessions d'offices ministériels, *ibidem*.

(35) *Ibid.* C'est le cas en matière de *pretium stupri*.

(36) *Ibid.* C'est le cas des trafiquants d'effets de complaisance.

(37) *Ibid.* « (Il serait) plus choquant de réclamer la restitution que de contracter cet engagement. ».

(38) M. RIPERT, *ouvr. cité*, p. 175.

(39) *ibidem*, p. 182.

mande à l'acte illicite et la rend également répréhensible ; c'est donc pour le même motif qu'elle est repoussée (40).

M. Ripert déduit de là toutes les limitations qu'il faut apporter à l'adage. En présence d'un acte simplement illicite, la même réserve n'est pas exigée du coupable et sa demande, quoique intéressée, n'est pas choquante (41). Ainsi, l'éminent auteur conserve-t-il la distinction traditionnelle. Si les intentions qui guident le coupable peuvent s'interpréter, d'après les circonstances, comme un repentir, le motif du refus d'action s'efface également et le procès peut être accepté. C'est pourquoi, pense M. Ripert, on accepte la demande en nullité de mariage présentée par le bigame (42) et l'exception de turpitude opposée par le défendeur (43).

Il n'y a plus dans cette théorie de l'adage et de ses exceptions qu'examen de la psychologie du plaideur. Au lieu des explications qu'habituellement on donne du cas du bigame et de l'exception de turpitude, comme reposant sur l'intérêt public qui fait écarter la maxime, M. Ripert ne voit en jeu que des limitations imposées par le but moral de la règle : son critérium est d'ordre moral ; l'action est refusée ou non selon que le *mobile du demandeur est coupable ou non*.

(40) *ibid.*, p. 176.

(41) *ibid.*, p. 179.

(42) *ibid.*, p. 183.

(43) *ibid.*, p. 183.

§ 4. — *Critérium proposé.*

115. Confusion que commettent les critères fondés sur la moralité de la demande. — **116.** Cas où la répétition présente un intérêt immédiat pour l'ordre public. — **117.** Cas où la répétition présente un intérêt au point de vue répressif. — **118.** Cas où l'application de la maxime *Nemo auditur est indifférente à l'intérêt public.*

115. Nous nous demandons si ces dernières théories ne commettent pas une légère confusion. C'est bien comme elles le font, croyons-nous, que l'on doit poser le fondement de la maxime, et non pas dans l'intérêt public que compromettraient certaines conséquences de l'acte illicite. Ainsi seulement se justifie la Jurisprudence. D'après cette dernière, le refus d'action n'est pas une conséquence nécessaire de l'acte incriminé ; son rôle est de protéger la nullité contre les demandes frauduleuses des coupables ; il n'est donc prononcé qu'en considération des intentions du demandeur. Denié à celui qui n'a pas pris part au contrat, quand il veut agir dans un but déshonnête, l'accès du prétoire est accordé même à celui qui y a pris part, quand son mobile est pur (44).

En outre, les théories qui voient la base de la règle dans la nature de la loi violée manquent un peu de souplesse. Tel ou tel acte doit être suivi ou non de la répétition, selon la qualité, la psychologie du coupable. Les Romains l'avaient bien compris, et c'est l'explication du fameux texte d'Ulpien sur la mérétrice. A une mérétrice, il convient de garder l'argent du stupre, mais non à une femme d'un certain rang : la disposition enfreinte est pourtant la même.

(44) Voir *supra*, page 175 et *infra*, p. 270.

Mais la question que l'on agite quand on parle du critérium d'application de la maxime n'est pas exactement celle-là. Elle revient à savoir quand le demandeur peut alléguer la nullité, malgré ses intentions frauduleuses, car il est indubitable qu'il le peut (45). On ne doit pas dire que le but moral de l'adage le limite ici, on est dans un cas où la règle devrait s'appliquer ; elle s'efface, parce que l'intérêt de la loi enfreinte exige qu'avant tout la répétition soit prononcée. C'est donc bien dans la nature de la disposition violée qu'on doit chercher le critérium d'application de l'adage. Le mobile du demandeur explique le recours à la maxime, mais non pas les exceptions qu'on y apporte.

116. A notre avis, les grandes lignes du critérium qu'a élaboré la Jurisprudence et qu'elle continue d'élaborer sous nos yeux, car c'est une théorie inachevée, peuvent s'exposer ainsi :

La valeur du procédé de règlement des actes illicites doit s'apprécier au point de vue *pratique*, et non pas *théorique*. Ce n'est pas parce que les parties sont rentrées en possession de la chose prestée que les effets d'une convention interdite sont effacés. Il n'y a remise au *statu quo ante* que d'une façon plus ou moins *approximative*. En réalité, on désigne par

(45) Trib. de la Seine, 3 juin 1845 : D. 45. 3. 160 « Sans avoir aucune-ment à examiner ce qu'une semblable répétition peut avoir de blâmable au point de vue moral... il suffit... etc. » ; Civile 24 juillet 1855 cassant l'arrêt de Poitiers, 12 janvier 1853 : S. 55. 1. 657 ; Amiens, 17 avril 1856, sous Req. 5 nov. 1856 : D. 56. 1. 397 ; Trib. Alger, 15 novembre 1893 : D. 94. 2. 528 « quel que soit le motif qui l'ait poussé à décliner la validité d'une convention... etc. » ; Trib. com. Nantes, 11 décembre 1895 : D. 97. 2. 171 ; Trib. com. Dijon, 6 mars 1906, sous Dijon, 28 novembre 1906 : D. 1910. 2. 175 « En prenant l'engagement envers W., ...il savait parfaitement n'être pas tenu et se promettait d'en demander l'annulation ».

là la suppression de certaines conséquences matérielles sur lesquelles le Droit a prise, sans trop de difficultés. Il ne faut donc pas dire *a priori* que la loi a toujours un intérêt essentiel à la remise des choses dans la légalité (46). Cela dépend des circonstances (47).

Quand l'acte illicite *ne cesse pas de produire les conséquences fâcheuses* que la loi a voulu empêcher, il importe de l'annuler et de rétablir la situation antérieure à tout prix ; sinon, la loi serait inopérante. Aussi le bigame n'est-il pas repoussé dans sa demande en nullité. Son second mariage ne cesse pas de produire des effets néfastes. L'ordre public, qui avait intérêt à empêcher sa célébration, garde le même intérêt à liquider cette situation (48).

La remise au *statu quo ante* peut présenter des avantages moins évidents, mais encore considérables. Supposons que l'acte illicite produise d'importantes conséquences soit en elles-mêmes, soit par la sphère où elles se déroulent. Quoique ces conséquences ne soient pas, par hypothèse, nuisibles à l'ordre public, ce spectacle sera choquant ; il rendra patente l'impuissance ou la négligence de la loi. Une question de principe impose qu'on y mette ordre. C'est ce qui se

(46) Est-il besoin de dire que la répétition est donc la solution générale, celle qui s'appliquera quand il n'y aura pas de culpabilité engagée dans l'acte illicite ? Nous nions seulement que cette solution s'impose dans tous les cas avec une nécessité « absolue », « théorique ».

(47) Cf. J. MAURY « Essai sur le rôle de la notion d'équivalence », t. 2, p. 17.

(48) C'est pour une raison de ce genre que lorsque l'acte est encore inexécuté matériellement, on ne cesse pas d'admettre le demandeur à opposer la nullité des engagements contractés : Limoges, 8 janvier 1824 : S. 24. 2. 228 ; Riom, 11 janvier 1837 : S. 37. 2. 422 ; Toulouse, 28 avril 1880 : S. 82. 2. 222. De même, si c'est un contrat successif, on accepte de prononcer la nullité de la convention : (pour les sociétés) : Colmar, 23 mars 1863 : D. 63. 2. 113 ; Paris, 19 avril 1897 : *Gaz. Pal.* 97. 2. 172 — (pour le contrat de travail) : Metz, 26 juillet 1856 : D. 58. 2. 87.

produit dans le cas d'une somme apportée pour la mise en société d'un office ministériel. La possession de cet apport, nous l'avons vu, n'est pas en soi dangereuse pour l'Etat ; on doit pourtant le faire restituer, car il n'est pas admissible qu'un fonctionnaire public réalise un gain de ce genre à l'occasion d'une faute grave dans l'exercice de sa charge. Qu'au contraire le tenancier d'un tripot détienne une somme à un titre indu, ce n'est pas un scandale. L'importance de la détention des deniers n'est pas la même.

Il faut préciser ce que l'on entend par ces conséquences « importantes ». Tout acte intéressant l'ordre public ne produit pas un effet de ce genre, mais seulement ceux qui mettent en jeu des parties revêtant un certain caractère officiel, ou qui visent un objet ayant un caractère d'extériorité. Tels sont les actes concernant la propriété immobilière ou l'Etat en tant que personne publique, les actes des personnes appartenant à une administration ou à une institution organisée, à propos de leurs fonctions.

Dans toutes ces hypothèses, la suppression des effets de l'acte illicite et le rétablissement de la situation antérieure, si incomplets qu'ils puissent être, présentent pour la loi un intérêt immédiat qui rend l'emploi de ce procédé indiscutable. En dehors de là, le faible intérêt que présente la suppression de quelques conséquences de l'acte incriminé ne l'emporte plus nécessairement sur cette considération que le juge favorise, par sa sentence même, un coupable, et, par delà ce coupable, la fraude. Le maintien des prestations peut être préféré pour l'effet préventif

qu'il possède, en rendant aléatoires les tractations illicites.

117. Cependant, à ce point de vue préventif encore, la répétition présente quelques avantages et la Jurisprudence, habituée à trouver des sanctions dans les procédés de règlement des actes prohibés, a été entraînée à s'en servir, de plus en plus, en ce sens.

En rendant inutiles certains calculs des contractants, la répétition tend à son tour à décourager ceux qui seraient tentés de former de semblables conventions (49). Elle est un exemple pour eux. Et cet exemple peut en certaines circonstances devenir particulièrement sévère, particulièrement propre à les détourner des contrats illicites. Les rédacteurs de la loi de 1912 ont mis à profit cette sanction. Le vendeur qui a consenti à dissimuler le prix de la vente est sacrifié, sans hésitation. Il ne tire aucun profit de la fraude ; il risque d'y perdre toute la somme versée en vertu de la contre-lettre. Son acheteur est, au contraire, favorisé et ne peut que gagner à dénoncer l'illicéité. La répétition n'est une peine que pour le premier, mais combien sévère ! Les rédacteurs de la loi ont espéré que la perspective de ces périls à courir le dissuaderait de son projet (50).

(49) M. MEYNIAL l'a démontré dans sa note au S. 90. 2. 97. Cf. aussi : M. PIZE, *ouvr. cité*, p. 206 ; A. WAGNER, *ouvr. cité*, p. 76 ; J. OLIVIER, *ouvr. cité*, p. 41 ; PIÉDELIEVRE, *ouvr. cité*, p. 266 ; N. TÉOHARI, *ouvr. cité*, p. 17 ; J. HAMEL « *De la notion de cause dans les libéralités* », Paris, thèse, 1920, p. 57. Rappelons la formule de LAURENT « *Principes de droit civil* », t. 26, p. 287 « Il est bon que les fripons répètent afin de déguster les hommes honnêtes »

(50) Cette explication est donnée par un arrêt de Lyon, 17 juin 1925 : D. H. 1925. 507. Elle ressort très clairement de la discussion du projet de 1871 (*Journ. Off.* du 22 août 1871, p. 2860 et s.), et des débats, moins explicites, relatifs à la loi de 1912 (*Déb. parl.*, Sénat, 1911, p. 422).

La Jurisprudence a imité le Législateur dans cet emploi de la remise au *statu quo ante* et dispose ainsi de deux procédés de répression : la répétition et le maintien des prestations.

Si on les compare à ce point de vue, on constate que la répétition agit d'une façon beaucoup plus *rigoureuse* : ce qu'elle perd d'un côté en valeur répressive par le fait qu'elle favorise un plaideur intéressé, elle le retrouve de l'autre, puisqu'elle rend toujours victime le même contractant. En revanche, elle apporte *beaucoup plus de trouble* dans les relations sociales. L'adage respecte au moins les situations établies ; la remise au *statu quo ante* les bouleverse. Si bien que, lorsqu'on voudra entamer une lutte sans merci contre les actes illicites, on recourra à la répétition, et, quand on n'estimera pas urgent d'user de toutes les ressources du Droit, il sera préférable de recourir à la maxime (51).

118. Cette affirmation qu'il n'est pas toujours nécessaire de poursuivre les actes illicites sans merci ne manquera pas de surprendre. Il est impossible, pourtant, de se dissimuler que les Tribunaux se guident sur elle, en notre matière. Ils ne cherchent pas à empêcher les fautes que l'on commettra toujours, ils cherchent à les restreindre, et c'est pourquoi l'emploi de la maxime présente ici une incontestable supériorité sur la répétition.

(51) La répétition n'est donc une peine que pour le *défendeur*. Si c'est le demandeur qu'on veut atteindre (comme dans les hypothèses extra-contractuelles), il ne reste pas d'autre procédé répressif que la maxime. Celle-ci a, de ce chef, un emploi plus considérable qu'on ne pourrait le croire.

Cette appréciation de l'impuissance du Droit à assurer l'ordre juridique s'établit d'abord par rapport aux *personnes en cause*. De gens honorables, le juge peut espérer que leur acte illicite demeurera isolé et prendre une sanction en conséquence. En face de personnes déshonnêtes, il ne garde pas d'illusion : elles n'aspirent qu'à continuer le cours de leurs opérations immorales et échapperont toujours à l'empire de la loi. Même s'il pouvait leur rendre l'acte illicite très onéreux, le juge ne les détournerait en rien de leurs agissements. A plus forte raison, s'il prononce selon les intérêts de l'un d'eux. Le mieux est d'ignorer ces plaideurs et de ne pas s'immiscer dans leurs difficultés.

L'efficacité pratique de la sanction s'apprécie encore par rapport à *l'entraînement* qui pousse à l'acte illécite. Si ces fautes sont provoquées par l'emporlement d'une passion, il est vain de songer à une répression trop étroite. On ne les éliminera jamais. On aura beau interdire le jeu, la prostitution, il y aura toujours des joueurs et des tenanciers de tripot impénitents. La Société doit subir ces vices comme des maux nécessaires et s'impose seulement pour règle de conduite d'en limiter l'extension. La maxime produit ce résultat ; la répétition ne réussirait pas mieux et présenterait l'inconvénient d'occuper les Tribunaux à ces contestations.

L'intérêt pratique de la sanction dépend enfin du *nombre des infractions* à réprimer. Chaque procès amène une perturbation dans une certaine sphère par toutes les répétitions qui s'ensuivent. Si de multiples

litiges doivent être envisagés, il faut prendre en considération les intérêts qui vont être lésés et apprécier si la remise au *statu quo ante* présente assez d'importance pour légitimer ce trouble dans les relations sociales. La Jurisprudence ne l'a pas cru toujours, par exemple à propos des opérations effectuées par coulissiers. Les recours qui auraient suivi auraient jeté le désordre dans le marché des valeurs, loin de lui donner la sécurité à laquelle vise l'art. 76. Aussi les a-t-on rapidement écartés.

En résumé, le critérium selon lequel les Tribunaux appliquent la maxime *Nemo auditur* ne nous apparaît pas comme déduit théoriquement de quelque principe. Des considérations pratiques guident la Jurisprudence dans le choix de la répétition ou du maintien des prestations. La répétition se recommande à deux points de vue différents. Elle présente parfois un intérêt *immédiat*, quand le danger visé par la loi subsiste toujours du fait du maintien des conséquences de l'acte coupable et quand les effets de cet acte revêtent une certaine importance qui les manifeste trop visiblement. Elle présente souvent un intérêt *répressif* parce qu'elle règle l'acte illicite au détriment du défendeur. — La maxime demeure pour les hypothèses intermédiaires où l'on estime *inutile* d'exercer toutes les sévérités de la loi soit parce que l'entraînement à l'acte, l'endurcissement des contractants coupables est tel qu'aucune sanction ne les réfrénera jamais, soit parce que le nombre des infractions étant trop considérable, la perturbation qui résulterait de la répétition ne serait pas compensée

par l'intérêt de la suppression de quelques conséquences illicites : la maxime joue, le plus souvent (52), comme *une sanction adoucie* (53).

§ 5. — *Application de ce critérium.*

119. Hypothèses où la répétition supprime la nocivité actuelle du fait illicite. — 120. Hypothèses où la répétition présente un intérêt de principe. — 121. Hypothèses où la répétition présente un intérêt répressif. — 122. Hypothèses où la maxime joue comme une sanction adoucie. — 123. Hypothèses où elle constitue une sanction rigoureuse.

119. L'examen rapide des hypothèses dans lesquelles on a appliqué soit la répétition soit la maxime permet de vérifier l'exactitude du critérium proposé.

§ 1. Voici d'abord des actes illicites qui, quoiqu'accomplis, ne cessent pas de causer à l'ordre public un dommage. Ce sont ceux d'abord qui intéressent l'état des personnes : la bigamie, la reconnaissance mensongère d'un enfant naturel. On ne peut refuser au bigame (54), au père prétendu (55) le droit de se dégager de la situation où ils sont.

(52) Nous disons « le plus souvent », car on verra plus loin (n° 123) que la rencontre de certaines circonstances la rend quelquefois plus sévère que la répétition. Voir aussi ce que nous avons dit, *supra* note 51.

(53) M. MEYNIAL (note au S. 90. 2. 97) a signalé qu'elle constituait « un régime bénin ».

(54) Trib. Seine, 8 juin 1816, sous Paris, 11 août 1817 : S. 18. 2. 30 (affaire du général Kellermann). Le droit de demander la nullité appartient au conjoint (du premier mariage), même s'il s'est rendu complice de la fraude qui a permis le second mariage : Trib. Seine, 31 janvier 1877 : S. 79. 2. 205. Pour les auteurs, cf. : DURANTON « Cours de droit français », t. 2, p. 289 et s. ; MOURLON « Répétitions sur le Code Civil », t. 1, p. 340 ; MARCADÉ « Explication... du Code Civil », t. 1, p. 511 ; BAUDRY-LACANTINIERE et HOUQUES-FOURCADE « Des personnes », t. 2, p. 374 ; LAURENT, ouvr. cité, t. 2, p. 618 ; MASSON « Etude sur la bigamie ». Thèse, Paris 1917, p. 249.

(55) Nîmes, 7 mai 1879 : D. 79. 2. 133 ; Trib. Seine, 11 novembre 1908. Gaz. Pal. 1908. 2. 573. — G. RIPERT et A. ROUAST : *La famille* (coll. Planiol et Ripert), p. 713 ; L. JOSSERAND « Les mobiles dans les actes juridiques », n° 200.

Comme le disait Cochin, on ne marie pas les gens par des fins de non-recevoir, et on ne leur impose pas davantage une postérité qui n'est pas la leur. Pour le même motif, les fidéi-commis prohibés, intéressant des personnes morales non autorisées, peuvent toujours être attaqués (56) : il importe que les sommes versées en vertu de ces actes ne restent pas dans le patrimoine de ces associations.

Il semble que les contrats passés à propos des actes illicites portant sur l'état des personnes doivent subir le même sort que ces actes eux-mêmes. Ainsi le contrat de mariage du bigame sera liquidé suivant les règles de la répétition (57). D'autre part, si le point de vue pécuniaire tend à l'emporter dans l'acte engageant l'état des personnes, la maxime commence à être invoquée. Il a été jugé que le mari qui a vendu à sa femme l'autorisation d'accepter une succession ne peut faire annuler cette acceptation (58). Visible-ment, les préoccupations pécuniaires dominaient l'affaire beaucoup plus que la question d'autorisation des personnes.

Les traités secrets passés à propos de la cession des offices ministériels produisent également un danger qui demeure même après l'accomplissement de l'acte illicite. La répétition s'impose en vertu des motifs mêmes qui ont dicté la nullité. La Jurisprudence s'est exprimée très clairement à cette occasion et depuis

(56) Civile, 13 juin 1870 : S. 70. 1. 357.

(57) Poitiers, 16 juillet 1846 : S. 46. 2. 526 (sol. impl.).

(58) Req. 12 décembre 1876 (rapport du conseiller Alméras-Latour). S. 77. 1. 299.

près d'un siècle n'a pas varié dans les multiples espèces qu'elle a été appelée à juger (59).

Pour la même raison, la répétition d'un fonds de pharmacie vendu à un non-diplômé n'est pas refusée. La santé publique serait compromise et la loi n'aurait pas été appliquée logiquement, si on avait maintenu le possesseur dans l'officine achetée (60).

Ce motif exigeait encore qu'on donnât une solution semblable au sujet des *traités particuliers passés par le failli*. S'ils avaient été maintenus, on aurait frustré les créanciers d'une partie de l'actif de la faillite ; ç'aurait été « accorder à un seul créancier ce qui doit appartenir à tous » (61). Dès avant la loi de 1838, il était donc permis de prononcer la répétition. Une autre raison a peut-être davantage préoccupé les juges (62), puis le Législateur (63), c'est que la remise au *statu quo ante* produit un effet répressif tout

(59) Pour les espèces postérieures à 1845, cf. : Req. 10 février 1846 : S. 46. 1. 118 ; Req. 17 décembre 1845 : S. 46. 1. 137 ; Paris, 5 décembre 1846 : D. 47. 2. 45, sur appel d'un jugement : Trib. Seine 3 juin 1845 : D. 45. 3. 160 ; Nîmes (Tribunal), sous Nîmes, 10 mai 1847 : S. 48. 2. 147 ; Req. 3 janv. 1849 : D. 49. 1. 139 ; Req. 16 mai 1849 : D. 49. 5. 294 ; Agen, 4 février 1852 : D. 52. 5. 90 ; Angers, 10 décembre 1853 : D. 54. 2. 149 ; Amiens, 17 avril 1856, sous Req. 5 novembre 1856 : D. 56. 1. 397 ; Civile, 28 mai 1856 : D. 56. 1. 377 ; Civile, 20 juillet 1868 : D. 68. 1. 372 ; Civile, 13 juillet 1885 : D. 86. 1. 263 ; Civile, 22 mai 1889 : *Gaz. Pal.* 89. 1. 852 ; Req. 9 janvier 1891 : *Gaz. Pal.* 91. 1. 158 ; Req. 7 janvier 1891 : S. 92. 1. 449 (note de M. Chavegrin) ; Trib. Charolles, 15 juillet 1892 : *Gaz. Pal.* 92. 2. 160 ; Nancy, 27 janvier 1894 : S. 94. 2. 69 ; Rouen, 30 janv. 1894 : *Gaz. Pal.* 94. 1. 322 ; Lyon, 19 février 1896 : *Gaz. Pal.* 96. 2. 102 ; Trib. Seine, 11 février 1897 : S. 1901. 2. 121 (note de M. CHAVEGRIN) ; Aix, 19 octobre 1905 : D. 1907. 2. 35 ; Grenoble, 26 juin 1907 : D. 1908. 2. 363 ; Narbonne, 31 octobre 1910 : S. 1911. 2. 323 ; Paris, 12 février 1927 : D. H. 1927. 262. — De même pour la contre-lettre relative à la cession d'un bureau de tabac : Douai, 27 juillet 1895 : S. 96. 2. 23.

(60) Rouen, 24 décembre 1901 : D. 1902. 2. 398, et Req. 24 novembre 1902 : D. 1903. 1. 80.

(61) Paris, 21 février 1828 : S. 29. 2. 184.

(62) Cf. note précédente et Lyon, 17 mars 1831 : S. 31. 2. 213.

(63) RENOARD « *Traité des faillites* », t. 2, p. 491 ; BOISTEL « *Précis de droit commercial* », Paris, 3 éd. 1884, n° 1093 ; BÉDARRIDE « *Traité des faillites* », Paris et Aix, 1874, 5^e éd., t. 3, p. 354.

à fait propre à restreindre l'extension des actes prohibés (64).

120. § 2. Pour un deuxième groupe d'actes illicites, la Jurisprudence a été amenée à la répétition pour *une question de principe*. Maintenir la situation résultant de l'infraction, c'est lui reconnaître publiquement une certaine autorité. Cette sorte de scandale ne peut se tolérer, quand cette situation est appelée à être connue.

C'est, à notre avis, la raison profonde qui dicte les solutions des Tribunaux en matière de *propriété immobilière* (65). Ils se fondent sur un autre argument et pour accueillir la demande en répétition, ils déclarent que les vices d'un contrat ne peuvent être invoqués par des tiers (66). Dans les circonstances où elle est alléguée, la raison n'est pas excellente (67) et ce qui achève de la rendre suspecte, c'est qu'elle est écartée en matière de propriété mobilière (68). Dira-t-on que l'immeuble est indépendant des emplois auxquels il est affecté (69) ? L'argument est plus convaincant, mais il est permis de se demander

(64) Voir outre la jurisprudence citée *supra*, p. 106, note 50 : Troyes, 27 janvier 1853, sous Req. 8 janv. 1855 : S. 56. 1. 801 ; Req. 23 mars 1864 : D. 64. 1. 479 ; Paris, 9 mai 1898 : *Gaz. Trib.* 98, 2^e sem., 2. 358 ; Paris, 8 juin 1902 : *Gaz. Pal.* 1902. 2. 104 ; Trib. com. Dijon, 6 mars 1906, sous Dijon, 28 novembre 1906 : D. 1910. 2. 175.

(65) Décisions rejetant l'adage : Caen, 29 juillet 1874 : D. 75. 2. 128 ; Rennes, 21 février 1890 : *Gaz. Pal.* 90. 1. 624 ; Trib. Uzès, 17 février 1886 : *Gaz. Pal.* 86. 1. 802 ; Douai, 24 octobre 1887 : *ibid.* 90. 2. 99 ; Paris, 29 décembre 1899 : *Gaz. Pal.* 1900. 1. 132 ; Trib. Empire allemand, 1^{er} décembre 1891 : D. 93. 2. 12 ; Alger, 15 novembre 1893 : D. 94. 2. 228 (rétracé le 9 mai 1894 : D. 95. 2. 21). — En sens contraire : Alger, 9 mai 1894 précité, Trib. Orléans, 31 décembre 1889 : *Gaz. Pal.* 90. 1. 270.

(66) Douai, 24 octobre 1887 précité ; *contra* Trib. Emp. allemand, 1^{er} décembre 1891 précité.

(67) En ce sens, M. Tzarano, *ouvr. cité*, p. 88.

(68) Clermont, 7 décembre 1892, sous Riom, 30 novembre 1893 : S. 94. 2. 75.

(69) Uzès, 17 février 1886 précité.

si c'est bien lui qui a commandé cette solution ou s'il n'est pas employé seulement pour la justifier. Il conduit à des résultats discutables, d'ailleurs (70). A notre avis, la véritable raison qui explique cette jurisprudence, c'est que la propriété immobilière jouit d'un certain prestige dans les relations juridiques. Les juges n'ont pas voulu que sa transmission fût exposée aux aléas qui résultent de l'application de la maxime et pût être rendue définitive, officielle en quelque sorte, à la suite d'une convention illicite (71).

Les contrats qui trafiquent de *l'influence, du prestige, de la situation* de quelqu'un doivent être traités avec la même rigueur. S'il est choquant de faire rendre au coupable ce qu'il a donné pour obtenir l'appui d'un complice, il serait plus singulier encore de laisser ce complice en possession de ce qu'il a reçu pour de tels agissements. L'intégrité du personnel administratif, des gens entourés d'une certaine considération doit être complète et interdit de leur laisser des gains ainsi réalisés (72). Et l'on peut ajouter, d'une façon

(70) Il aboutit à distinguer dans les tractations illicites la propriété de l'immeuble, de la propriété du fonds. La première devrait être reconnue valable (en ce sens : Trib. Joigny 2 août 1888 : D. 90. 2. 189). D'où possibilité de complications. La Jurisprudence ne s'y lance pas : elle ne reconnaît pas plus la validité des opérations sur les immeubles que celle des autres contrats (Orléans, 31 déc. 1889 : *Gaz. Pal.* 90. 1. 270).

(71) Cette jurisprudence est approuvée par M. RIBERT, *ouvr. cit.*, p. 184. *Contra* R. SAVATIER, *ouvr. cit.*, p. 388, qui juge inexplicable la différence entre les immeubles et les meubles en cette matière. — De cette jurisprudence, il suit que les contrats purement relatifs à l'entretien, la conservation de l'immeuble sont valables : assurances (Trib. Compiègne, 13 février 1901 : *Gaz. Pal.* 1901. 2. 644 ; et Req., 4 mai 1903 : S. 1904. 1. 509) ; peut-être, installation de travaux électriques (Trib. com. Seine, 8 nov. 1904 : *Gaz. Pal.* 1905. 1. 122). Quant aux quasi-contrats, quasi-délits, les plus-values données à l'immeuble engendrent des obligations (Lyon, 11 juillet 1862 : S. 63. 2. 165), de même que les dégradations engagent la responsabilité (Trib. Lyon, 21 juin 1887 : *Mortiteur Judiciaire de Lyon*, du 12 octobre 1887). Les travaux d'embellissement ne donnent pas lieu à indemnités (Toulouse, 11 janvier 1926 : *Gaz. Pal.* 26. 1. 524).

(72) Toulouse, 21 juillet 1870, sous Req. 2 avril 1872 : S. 73. 1. 217 « La violation (de ces règles) ne peut demeurer impunie et être à l'abri de tout redressement ».

plus générale, que la répétition joue dans ces circonstances comme une sanction très dure. Celui qui est assez vénal pour trafiquer de sa situation perd cet argent auquel il tient si immodérément (73). L'intérêt en jeu, qui n'est rien moins que le fonctionnement correct d'une administration ou d'une institution réglementée par la loi, justifie amplement cette rigueur. On l'emploie donc pour les trafics d'influence proprement dits (74), les contrats stipulant l'impunité d'un délit (75) ou l'abstention d'un surenchérisseur aux enchères publiques (76).

On retrouve le même procédé à propos des *dissimulations fiscales* (77). Il n'est pas question des sommes qui doivent rentrer dans le Trésor public, il va de soi que jamais le fisc ne perd ses droits sur elles,

(73) Limoges, 16 avril 1845 : D. 46. 2. 191 « Que cet exemple salubre préserve désormais l'ordre public de pareilles atteintes ».

(74) Toulouse, 21 juillet 1870. précité ; Trib. com. Seine, 28 juin 1902, sous Paris, 31 déc. 1903 : S. 1905. 2. 206 ; Alger, 3 mai 1906 : D. 1909. 2. 127 ; Civile, 5 décembre 1911 : 1913. 1. 120 et S. 1913. 1. 497 (note DEMOGUE). — *Contra*, Tzarano, ouvr. cité, p. 95, qui ne pense pas qu'on applique la maxime dans cette hypothèse. — Par analogie, on protège ainsi les grandes sociétés : Trib. Seine, 12 juin 1895 : Gaz. Pal. 95. 2. 40 ; Trib. Seine, 26 juillet 1894 : *Pand. franç.* : 95. 2. 282 (rendu à propos de l'affaire de Panama) et même les particuliers (Poitiers, 28 déc. 1896 : Gaz. Pal. 97. 1. 114) contre la corruption. Le but répressif de la répétition tend alors à l'emporter.

(75) Trib. de la Seine, 10 novembre 1887 : Gaz. Pal. 88. 1. 127 ; Trib. com. Seine, 25 mars 1924, et Paris, 15 mai 1925 : D. H. 1925. 502. *Contra* : Trib. Lisieux, 5 juin 1901 : Gaz. Pal. 1901. 2. 599.

(76) Limoges, 16 avril 1845 précité ; Paris, 12 juin 1912 : Gaz. Pal. 12. 2. 33.

(77) Admettent la répétition : Trib. commerce Seine, 7 mai 1920 : Gaz. Pal. 21. 2. 331 ; Rennes, 31 octobre 1923 : S. 24. 2. 94 ; Besançon, 30 août 1924 : Gaz. Pal. 24. 2. 713 ; Trib. Belfort, 4 décembre 1924 : D. 25. 2. 70 ; Lyon, 17 juin 1925, précité ; Lyon, 27 juin 1925 : D. H. 1925. 567 ; Toulouse, 18 juin 1925 : Gaz. Pal. 25. 2. 487 (sol. impl.) ; Besançon, 10 février 1926 : Gaz. Pal. 26. 1. 449 ; Trib. Semur, 16 août 1920, sous Req., 26 août 1926 : Gaz. Pal. 26. 2. 203 ; Req. 24 octobre 1928 : Gaz. Pal. 28. 2. 747 ; Civile, 3 déc. 1929 : Gaz. Pal. 30. 1. 21. — Il y a quelques arrêts en sens contraire : cf. p. 194, note 7. On semble étendre la répétition au cas de location-vente tendant à une dissimulation fiscale : Meaux, 15 janvier 1929 : Gaz. Pal. 29. 1. 605 ; Paris 9 janvier 1929 : Gaz. Trib. 1929, 2^e sem., 2. 83 ; Paris, 23 octobre 1929, et Amiens, 1^{er} mars 1929 : Gaz. Pal. 29. 2. 987. — *Contra* : Melun, 26 décembre 1927 : Gaz. Pal. 28. 2. 398 et D. 29. 2. 65.

mais que penser des sommes qui doivent revenir à l'un ou à l'autre des coupables ? Pour la solution de cette question qui n'intéresse plus aussi directement l'Etat, la loi du 27 février 1912 a adopté la répétition. Celle-ci constitue, ainsi que nous l'avons vu, une sanction très rigoureuse contre des procédés qu'on a voulu proscrire absolument. Même en dehors de cette considération, la répétition s'imposait, car il aurait été choquant de maintenir, en quoi que ce soit, des transactions sur les immeubles, les fonds de commerce, qui sont parmi les plus importantes qui aient lieu dans les relations juridiques (78).

Il en est tout différemment en matière de *contrebande*. On n'a là que des marchés occultes, revêtus d'une portée beaucoup moins considérable que ceux dont il vient d'être parlé. La Jurisprudence a donc pris le parti de les ignorer et de leur appliquer la

(78) La même raison explique que les actes contraires aux prescriptions, statuts, règlements d'une administration soient toujours réglés de façon à ramener les parties à l'état de choses antérieur : ainsi dans les contrats de démission de fonctionnaire (Paris, 18 mai 1813, sous Paris, 23 avril 1814 : S. 15. 2. 238 ; Caen, 20 mars 1849 : D. 50. 2. 184), de remplacement militaire (p. 105, note 47), dans les cessions non autorisées de concessions administratives (Civile, 11 février 1884 : S. 84. 1. 266), dans la mise en société d'offices ministériels. (Pour la jurispr. antérieure à 1870, voir *supra*, p. 121. L'arrêt de la Ch. Civile, 25 janv. 1887 : D. 87. 1. 465, marque un revirement de jurisprudence. Dans la suite, cf. Caen, 18 janv. 1888 : S. 90. 2. 97 ; Civile, 14 mai 1888 : D. 88. 1. 488 ; Req. 11 décembre 1888 : S. 89. 1. 380 ; Bordeaux, 3 juin 1890 : D. 98. 2. 84) ; de même il y a répétition pour les sommes perçues par une Compagnie au-delà du tarif légal (Paris, 22 mai 1883 : D. 86. 1. 217 ; Trib. Bar-le-Duc, 7 mars 1906, sous Req. 19 mars 1907 : D. 1907. 1. 269) ou pour les négociations d'actions d'une concession encore non autorisée (Civile, 21 février 1853 : D. 53. 1. 58 ; Civile, 17 juillet 1854 : D. 54. 1. 304. *Contra*. Civile, 19 juin 1855 : D. 55. 1. 292, mais la circonstance qu'il y avait eu jeu, compliquait la situation). Est-ce l'ensemble de toutes ces décisions qui a porté à penser qu'en cas d'acte illicite, la répétition s'imposait ? Cependant, on doit remarquer que lorsque le refus d'action maintient par lui-même la situation, telle qu'elle aurait dû être légalement, c'est lui qui est adopté et la répétition, refusée : cf. Req. 19 juillet 1910 : S. 11. 1. 566 ; Req. 15 mars 1911 : D. 11. 1. 382 (remboursement d'avances). *Contra*, Req. 10 avril 1854 : D. 55. 1. 211.

maxime (79). Cette solution, constatée dans une question si voisine de la dissimulation de la loi de 1912, est curieuse et paraît une des preuves les plus frappantes de l'empire des considérations pratiques en notre matière (80).

La répétition est enfin employée, dans les *ventes d'officines de pharmacie à non-diplômés, au profit de l'acheteur*. L'intérêt général n'est en jeu, en effet, qu'à la remise du fonds aux mains du vendeur et l'on pourrait concevoir que cette remise n'entraînât pas nécessairement celle des deniers (81). La Jurisprudence a prononcé l'une et l'autre fort équitablement (82). Le gain que réaliserait le pharmacien par une répétition unilatérale serait un vrai scandale, qu'on ne peut supporter en la personne d'un commerçant de ce rang.

121. § 3. Comme on le voit, la valeur répressive de la répétition a agi souvent en accord avec une autre raison pour décider la Jurisprudence à l'emploi de ce procédé. Quelquefois, le choix des Tribunaux n'a pas d'autre explication que *cet intérêt de la représ-*

(79) Paris, 7 mars 1846 : D. 46. 4. 376. Pour les sociétés se livrant à la contrebande, voir *infra*, p. 244.

(80) La Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation tend à admettre ce refus d'action pour toutes les fraudes fiscales autres que celles qui sont visées par la loi de 1912. Cf. Req. 25 octobre 1927 : *Gaz. Pal.* 1^{er} décembre 1927 (Journ. Quot.).

(81) Comme en matière de vente d'immeubles, où la répétition est unilatérale : Caen, 29 juillet 1874 précité ; Douai, 24 oct. 1887, précité. Solution critiquée par M. ARBUS, *ouvr. cité*, p. 178 ; M. SAVATIER, *ouvr. cité*, p. 388.

(82) Rouen, 22 février 1831 : D. 33. 1. 247 ; Bordeaux, 27 mai 1874 : D. 1874. 5. 31 ; Trib. com. Seine, 30 août 1890 : *Gaz. Pal.* 90. 2. 375 ; Lyon, 29 novembre 1894 : *Gaz. Pal.* 95. 2. 336 ; Dijon, 7 août 1899 : D. 1901. 2. 143 ; Trib. com. Seine, 9 mai 1903, sous Paris, 11 décembre 1903 : S. 1905. 2. 133.

sion. Ainsi en matière de *courtage matrimonial* (83). Les soins du courtier sont donnés et ne peuvent être restitués, tandis que l'argent qu'il a reçu est toujours susceptible de répétition. L'intermédiaire n'est donc jamais certain de conserver son gain et se trouve à la merci de son client. La répétition lui est défavorable : c'est une peine qui est portée contre lui, parce qu'on soupçonne que son activité a joué un rôle principal dans la convention et que c'est lui surtout qu'il s'agit de décourager (84).

De même pour les opérations de *loterie*, le contrat dit « *de boule de neige* » au sujet desquels la jurisprudence est peu abondante et hésitante. Si l'on ne considère que l'objet du contrat, il est trop minime pour que le maintien des prestations cause un scandale et la maxime *Nemo auditur* paraît devoir être employée (85). Mais les Tribunaux se laissent attirer par la préoccupation de lutter contre l'extension de ces actes. La répétition est alors tout indiquée pour les mêmes raisons que pour le courtage matrimonial (86). Elle défavorise l'organisateur de la loterie, de

(83) On admet communément que la répétition est la solution générale (ARBUS, ouvr. cité, p. 167). La Jurisprudence est un peu indécise. En ce sens : Besançon, 6 mars 1895 précité. *Contra* : Paris, 29 juin 1891 : *Gaz. Pal.* 91. 2. 523.

(84) Il faut ajouter que les Tribunaux reconnaissent cependant au courtier le droit de se faire indemniser de ses peines et soins. C'est un adoucissement au traitement qu'ils lui infligent. Voir *infra*, p. 248.

(85) Bruxelles, 27 mai 1886 : *Gaz. Pal.*, 87. 1. sup. 29. En ce sens, FRÈRE-JOUAN DU SAINT « *Jeu et pari* », page 299.

(86) Pour les opérations de loterie : Justice de Paix Toulouse (Centre), 17 juin 1891 : *Gaz. Pal.* 91. 2. 135. Peut être peut-on ajouter : Pau, 30 juillet 1913 : D. 14. 2. 120. En ce sens. FLEURY « *La loterie devant le droit* ». Thèse, Paris 1908, p. 107 ; FUZIER-HERMANN « *Répertoire... de droit français* », v^o loterie, n^o 46. — Pour le contrat dit « *de boule de neige* » : Justice de paix Paris (8^e arr.), 4 octobre 1900 : *Gaz. Pal.* 1900. 2. 456 ; et Trib. de la Seine, 19 novembre 1901 : *Gaz. Pal.* 1902. 1. 289. En ce sens : A. SRAFFA « *Les boules de neiges* ». *Revue Trimest. de Droit civil*, 1906, p. 537. Il y a là une solution peu équitable : A. WAHL, note au S. 1904. 2. 49

la « *boule de neige* », qui est l'agent essentiel dans la formation de ces conventions.

Enfin, les nécessités de la répression semblent imposer une solution analogue en matière d'*opérations de médecine illégale*. Si le traitant ne fait pas profession de donner des soins mais les a donnés à quelque'un par occasion, l'illicéité est peu grave et laisse subsister une obligation naturelle qui empêchera la répétition (87). Mais si l'on se trouve en présence d'un véritable charlatan, il est bon de lui donner une leçon salutaire et de lui infliger la remise au *statu quo ante*, qui joue contre lui. Un seul jugement a été rendu en cette matière, et il est en sens contraire, mais il paraît tout à fait excessif (88).

122. § 4. Nous passons aux hypothèses où la maxime *Nemo auditur* est appliquée comme *sanction mitigée*. Un premier exemple à donner est le cas des *remèdes secrets* (89), des *opérations effectuées en coulisse* (90). Ce sont des actes peu dangereux, qui

(87) Besançon, 19 janvier 1872 : D. 72. 2. 136. — Un jugement du Trib. de Valenciennes, 19 mai 1904 : *Gaz. Trib.* 1904, 2^e sem., 2. 467, laisse la question non résolue.

(88) Orange, 8 mai 1883 : *Gaz. Pal.* 84. 1. 383.

(89) Trib. com. Seine, 22 mai 1889 : *Gaz. Pal.* 89. 2. 12 ; même Tribunal, 11 avril 1905 : *Gaz. Pal.* 1905. 2. 105.

(90) Trib. com. Seine, 4 octobre 1887 : *Gaz. Pal.* 87. 2. 461 ; Lyon, 2 juillet 1885 : S. 86. 2. 122 et Req. 8 juin 1888 : D. 88. 1. 311 ; Trib. com. Seine, sous Paris, 8 mai 1888 : *Gaz. Pal.* 88. 2. 424 ; même Tribunal, 25 février 1886 : *Gaz. Pal.* 88. 2. 74 ; Paris, 22 décembre 1888 : *Gaz. Pal.* 89. 1. 297 ; Trib. com. Seine, 14 décembre 1888 : *Gaz. Pal.* 89. 1. 118 ; Paris, 21 décembre 1889 : *Gaz. Pal.* 90. 1. sup. 36 ; Req. 20 juillet 1891 : S. 92. 1. 131 (sol. impl.) ; Trib. com. Seine, 24 décembre 1891 : *Gaz. Pal.* 92. 1. 216 ; Paris, 9 février 1892 : *Gaz. Pal.* 92. 1. 551 ; Civile, 5 mars 1890 : S. 93. 1. 503 ; Trib. com. Seine, 25 juin 1891, et Paris, 17 février 1893 : *Gaz. Pal.* 93. 1. 289 ; Req. 15 février 1897 : D. 97. 1. 520 ; Aix, 28 février 1894, sous Req. 9 décembre 1895 : D. 97. 1. 177 (note de M. Pic) ; Req. 8 février 1897 : S. 97. 1. 391 ; Civile, 7 novembre 1898 : *Gaz. Pal.* 98. 2. 546 ; Trib. com. Seine, 30 juillet 1897, sous Civile, 1^{er} août 1899 : D. 1900. 1. 146 ; Cour Paris, 19 janvier 1901 : *Gaz. Pal.* 1901. 1. 746 ; Pau, 7 juin 1901 : *Gaz. Pal.* 1901. 2. 604 ; Trib. com. Seine, 12 janvier 1898 : *Pand. franç.*

s'effectuent en grand nombre. On ne saurait les poursuivre qu'en apportant un trouble profond dans les situations acquises, sans grande utilité pour l'ordre public. Mieux vaut reconnaître en fait ces conventions en s'efforçant de gêner leur formation (91).

La maxime s'applique encore avec raison au cas de *pretium stupri* (92). Dans les relations juridiques courantes, affirmées extérieurement, il est permis de chercher à éliminer les conséquences d'un acte illécite; mais il n'y a pas de scandale à les laisser demeurer dans ces tractations occultes qui se lient entre concubins. Il faut ajouter de plus que la répétition n'aurait aucun effet restrictif sur ces opérations, comme on le pense bien, et que les objets litigieux sont toujours d'une valeur relativement faible : bijoux, fourrures. S'il s'agissait d'une somme particulièrement importante à arracher à une femme galante, les Tribunaux pourraient être conduits à prononcer la répétition (93), car il commencerait à être choquant de

1901. 2. 209 (note de M. BUCHÈRE) ; même tribunal, 1^{er} août 1903 ; *Gaz. Pal.* 1903. 2. 250 ; Req. 16 janvier 1905 : S. 1905. 1. 391 ; Paris, 22 juillet 1905 : D. 1906. 5. 36 ; Paris, 28 décembre 1905 : *Pand. franç.* : 1906. 2. 145 ; Req. 20 décembre 1905 : D. 1907. 1. 285 ; Paris, 15 mars 1911 : *Gaz. Pal.* 11. 2. 134 ; Paris, 8 mars 1911 : *Gaz. Pal.* 11. 2. 109 ; Trib. com. Seine, 11 janvier 1916 : *Gaz. Trib.* 16. 2. 191.

(91) Au point de vue pratique, la Jurisprudence relative à l'art. 76 reçoit l'assentiment des auteurs : M. LACOUR, note aux *Pand. franç.* 98. 1. 337 ; LYON-CAEN et RENAULT « *Traité de droit commercial* », t. 4, p. 767 ; M. PERCEROU, note au D. 1908. 2. 165 ; M. CHÉRON, note au D. 14. 1. 13 ; GUIRAUDET, *ouvr. cité*, p. 42 ; A. WAHL « *Précis de droit commercial* », Paris, 1922, p. 585.

(92) Paris, 1^{er} août 1903 : D. 1904. 2. 345 ; Trib. Seine, 26 juillet 1904 : *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 355 ; Caen, 23 février 1905 : *Gaz. Trib.*, 1905, 2^e sem., 2. 27 ; Trib. Seine, 6 juin 1917 : *Gaz. Trib.*, 18. 2. 348 (sol. impl.), et avec plus de doute : Aix, 25 juin 1883 : D. 83. 2. 238 ; Paris, 8 juillet 1926 : S. 26. 2. 91.

(93) Ils pourraient alors se fonder sur l'idée d'une violence faite au consentement

laisser toute une fortune en la possession de cette personne (94).

Il faut répéter ces considérations pour justifier les solutions données en matière de *maisons de prostitution*. Vu l'entraînement des passions, la moralité des tenanciers, on ne peut pas espérer amener un changement quelconque dans ces opérations. Il faut les tolérer, accepter les faits accomplis, qui n'ont aucun retentissement, étant donné le monde spécial où ils s'accomplissent (95). La maxime *Nemo auditur* les gêne suffisamment pour en empêcher une trop grande extension (96).

C'est par des motifs de ce genre enfin que nous expliquerions l'art. 1967. La passion du jeu est trop impérieuse et trop répandue pour qu'on s'attache à entreprendre une lutte irréductible, inutile d'avance contre elle (97). On n'aboutirait qu'à troubler les opérations effectuées de bonne foi. De même que dans l'art. 1966, le Législateur tolérerait certains jeux

(94) A ces hypothèses, il faudrait joindre l'hypothèse du contrat de claqué, si la nullité n'en paraissait bien désuète : Paris, 4 avril 1840, sous Req., 17 mai 1841 : D. 41. 1. 228 ; Paris, 8 août 1853 : S. 53. 2. 499 ; Trib. com. Seine, 27 juin 1896 : *Gaz. Pal.*, 96. 2. 408. Dans ce cas, il n'y a pas lieu, comme dans le courtage matrimonial, de traiter le défendeur avec une rigueur spéciale.

(95) M. MEYNIAL en convient (note précitée) : « Il n'y a aucun inconvénient sérieux (à cette solution) ... la restitution de la somme pourrait fort bien ne pas entraver l'accomplissement de cet acte ».

(96) Pour la jurispr. antérieure à 1885, voir *supra*, p. 106, note 52 ; p. 122, note 61 ; Cf. Douai, 24 octobre 1887, précité ; Trib. Limoges, 6 juin 1888 : *Gaz. Pal.*, 88. 2. 268 ; Limoges, 30 novembre 1888 : D. 89. 2. 38 ; Req., 1^{er} avril 1895 : D. 95. 1. 263 ; Beauvais, 3 novembre 1898 : *Gaz. Pal.*, 98. 2. 499 ; Req., 17 juillet 1905 : D. 1906. 1. 72 ; Req., 17 juillet 1905 : S. 1909. 1. 188 ; Amiens, 1^{er} avril 1912 : *Gaz. Pal.*, 12. 2. 136 ; Toulouse, 11 janvier 1926 : *Gaz. Pal.*, 26. 1. 524 ; Trib. Bouches-du-Rhône, 23 mai 1928 : D. H. 1928 : 410 ; *Contra* : Tunis, 5 juin 1893 : S. 94. 2. 211 ; Trib. Empire allemand : 1^{er} décembre 1891, précité. La maxime est aussi appliquée aux maisons de jeux : Paris, 5 juin 1891 : S. 1902. 2. 375 ; Aix, 14 mai 1908 : S. 1908. 2. 292.

(97) C'est la remarque d'un arrêt de Paris, 29 novembre 1858, sous Req., 2 août 1859 : D. 59. 1. 290.

par nécessité, il a renoncé dans l'art. 1967 à poursuivre ce vice au delà de certaines limites (98).

123. § 5. En matière d'*effets de complaisance*, la maxime joue dans un emploi particulier (99). Il est curieux de remarquer que, par suite des circonstances, la répétition serait, en effet, totalement inefficace en ce cas, tandis que l'adage prend une *valeur répressive* tout à fait singulière. Dire au tiré qu'il rembourse le tireur, ce n'est pas le punir, c'est l'obliger à acquitter ses dettes et contribuer au complet achèvement de son acte illicite. Souvent d'ailleurs, il est en faillite, et c'est une piètre ressource que de lui créer ces obligations. Sur son co-contractant, au contraire, la maxime a chance de faire impression.

(98) La répétition est refusée, si favorables que soient les circonstances, puisqu'il y a un texte : Bordeaux, 15 juin 1857 : D. 58. 2. 31 ; Poitiers, 17 juillet 1883 : D. 84. 2. 207 ; Bruxelles, 23 février 1927 : S. 27. 4. 21. Pour la jurispr. sur le jeu, cf. *supra*, p. 84.

(99) Admettent la maxime : Paris, 16 novembre 1888 : D. 89. 1. 253 ; Req., 8 juin 1891 : S. 92. 1. 439 ; Epinal, 8 mars 1892, sous Nancy, 2 janvier 1893 : D. 94. 2. 172 ; Req., 27 juillet 1897 : D. 97. 1. 607 ; Lyon, 7 mars 1896, sous Lyon, 30 mars 1897 : D. 97. 2. 389 ; Cour sup. just. Luxembourg, 17 décembre 1897 : S. 98. 4. 20 ; Limoges, 11 juin 1898 (sol. impl.) S. 1900. 2. 302 ; Trib. corr. Seine, 7 août 1900 : *Gaz. Trib.*, 1900, 2^e sem., 2. 308 ; Grenoble, 21 mai 1901 : S. 1903. 2. 214 ; Bordeaux, 10 mars 1903 : S. 1903. 2. 243 ; Lyon, 6 juin 1906 : S. 1906. 2. 264 ; Nancy, 18 novembre 1913 : *Gaz. Pal.*, 13. 2. 646. La jurispr. accepte parfois la répétition, mais c'est en des hypothèses où les parties ont réellement entendu s'obliger, comme le dit un arrêt de la Ch. des Requêtes, 1^{er} mars 1926 : S. 28. 1. 363 et comme l'a montré M. LESCOT en note sous cet arrêt. Avec lui, c'est ainsi que nous interpréterions l'arrêt des Req., 21 mars 1910 : D. 1912. 1. 281 (*contra* : M. LACOUR, en note sous cet arrêt) ainsi que d'autres jugements : Amiens, 9 janvier 1903 : D. 1904. 2. 449 ; Trib. com. Nantes, 4 octobre 1923 : *Gaz. Pal.*, 24. 1. 147 ; Paris, 4 novembre 1926 : *Gaz. Trib.*, 27. 2. 428. Cette distinction semble confirmée par un arrêt récent de la Ch. civile, 16 juillet 1928 : S. 1929. 1. 57 (note de M. LESCOT). Pour des raisons pratiques diverses, nombre d'auteurs se rallient à la jurisprudence : M. HÉMARÉ « *Des effets de complaisance* », p. 88 et s. ; LYON-CAEN et RENAULT, *ouv.* cité, t. 4, p. 453 ; M. P., note au D. 1911. 1. 382 ; GUIRAUDET, *ouv.* cité, p. 48 ; THALLER et PERCEROU « *Traité... de droit commercial* », 6^e éd., Paris, 1922, p. 827. *Contra* : DEMONT « *Des effets de complaisance* », p. 138 ; ARBUS, *ouv.* cité, p. 174 ; ROCHE « *Des effets de complaisance* », p. 75 et s. M. THALLER admet cependant la répétition de l'in rem verso (note D. 1897. 2. 385) ; de même M. SAVATIER, *ouv.* cité, p. 390 et s.

Du tiré aux abois, on ne peut rien attendre : il tente l'impossible et l'illicite pour échapper à la ruine, mais du tireur qui signe l'effet et qui n'est pas acculé à une situation pareille, on peut espérer cette réflexion sur ses intérêts pécuniaires : il risque de ne jamais rentrer dans les fonds qu'il débourse ou qu'il promet de déboursier. L'effet de la maxime peut être de l'arrêter sur la pente où il s'engage (100).

Enfin, en matière de *sociétés illicites*, la maxime constitue aussi, par suite des circonstances, une répression plus sévère que la répétition, comme nous allons le voir dans le chapitre suivant.

(100) En ce sens : L. DEBRAY « *Effets de commerce* », *Ann. de droit com.*, 1898, p. 31 ; HÉMARD. *ouv.* cité, p. 90 ; MAURY, *ouv.* cité, t. 2, p. 21. — N.-B. — D'autres opérations illicites n'ont donné lieu qu'à une jurisprudence trop peu abondante, pour qu'on puisse les classer avec sûreté dans telle ou telle catégorie : ainsi la négociation de titres non négociables. (Le Trib. de Lyon, 5 janvier 1884 : S. 84. 2. 89, a admis la maxime), les avances accordées par un agent de change contrairement à l'art. 85 c. com. (pour la répétition, voir Bordeaux, 25 février 1885 : *Gaz. Pal.*, 85. 2. sup. 73 ; Req., 9 mars 1885 : *Gaz. Pal.*, 85. 1. 454), les opérations faites pour son propre compte par un agent de change (Le Trib. com. Lyon, 29 décembre 1893 : D. 95. 2. 149, a refusé toute action). La préoccupation de ne pas troubler le marché des valeurs a pu influencer sur la première et la dernière de ces solutions ; dans la deuxième hypothèse, cette sanction a peut-être paru trop grave.

CHAPITRE VI

La maxime *Nemo auditur* dans ses rapports avec le devoir moral du défendeur.

§ 1. *Les conséquences immorales de la maxime.* — § 2. *Les violations de la loi pénale commises par le défendeur.* — § 3. *L'appropriation exercée par le défendeur à la suite d'un contrat n'engageant pas la propriété.* — § 4. *Les sociétés illicites.* — § 5. *Le domaine de l'irresponsabilité du défendeur.*

§ 1. — *Les conséquences immorales de la maxime.*

124. *Tableau des conséquences immorales que peut produire la maxime.* — **125.** *Importance que doivent prendre les préoccupations d'ordre moral dans l'application de la règle *Nemo auditur*.*

124. L'intérêt de l'ordre public n'est pas tout dans le Droit. S'il commande parfois quelque solution qui choque la Justice, il ne doit pas faire oublier certaines exigences impérieuses de la conscience. On ne peut résoudre le problème du règlement des actes illicites en faisant abstraction des préoccupations d'ordre moral. A cet égard, aucun des procédés proposés ne

donne complète satisfaction (1). La répétition produit des résultats souvent iniques en ce qu'elle s'exerce d'une façon unilatérale, quand une des prestations n'est pas susceptible de répétition. Le défendeur est alors à la merci de la déloyauté de son co-contractant qui peut profiter de la loi, à chaque instant, pour le dépouiller (2).

La maxime *Nemo auditur* conduit à des conséquences plus regrettables encore (3). Non pas, sans doute, quand le contrat a été exécuté par les deux parties. En les empêchant de revenir sur cet accomplissement, elle les oblige au respect de la foi promise et se trouve être plus équitable que la répétition. Mais si l'on envisage une convention où un seul des contractants a exécuté sa prestation, l'immoralité de la solution qu'elle impose apparaît clairement. L'adage, supprimant toute dépendance des obligations entre elles, fait respecter une situation à laquelle aucune des parties n'a consenti. La prestation donnée ne sera pas restituée ; celui qui l'a reçue en bénéficiera sans contre-partie ; il aura trompé son adversaire et profité de la nullité pour réaliser un gain sans cause.

Pour compléter la répression, en effet, on doit écarter toutes les obligations quasi-contractuelles consécutives à un contrat illicite. On ne peut main-

(1) ARBUS « *De la cause illicite* », p. 192.

(2) RAYNAL « *Etude sur les conventions immorales* », p. 158 ; GUIRAUDET « *Essai sur la maxime...* », p. 71 ; NAQUET, note au S. 13. 1. 297. Cf. aussi les espèces citées *supra*, p. 206, note 45.

(3) M. FOURNOT « *Le courtage matrimonial* », p. 153 ; ARBUS, *ouv.* cité, p. 182 ; GUIRAUDET, *ouv.* cité, p. 102 ; M. PIC « *Des sociétés commerciales* » (coll. Thaller), t. 1, p. 578, et les auteurs cités *supra*, p. 141. Cf. Trib. Vervins, 21 juillet 1911, infirmé par Amiens, 1^{er} avril 1912 : *Gaz. Pal.*, 12. 2. 136.

tenir indirectement ce qu'on condamne directement, reconnaître sur le domaine des faits ce qu'on prohibe sur celui du Droit. Parce qu'on entend prendre une sanction, on refuse toute conséquence à des situations qui, autrement, donneraient lieu à la restitution de l'enrichissement sans cause. Il y a *une injustice voulue* envers le demandeur ; on la maintient par tous les procédés possibles.

Si l'on suit aveuglément la logique de la maxime, on doit poursuivre. Le demandeur est mis hors la loi ; il ne peut protester contre son propre fait. Il suffit donc qu'il ait abandonné la possession au profit de quelqu'un, pour que celui-ci puisse se dispenser de rendre (4). Comment le déposant, le propriétaire du gage réclameraient-ils l'objet dont ils se sont dessaisis sans mentionner leur contrat illicite ? Ils ont confié une possession précaire, elle devient une propriété de fait. Et il en est de même en matière de société. Heureux celui qui détient les apports. Ne serait-il qu'un gérant, un étranger, il frustrera tous les associés. A leur demande, il opposera avec succès cet argument qu'ils ont pris part à un acte illicite.

Allons plus loin, comme certains l'ont fait (5). Le défendeur pourra détourner un objet confié, se l'approprier. Du moment que le demandeur a consenti à abandonner la détention de l'objet, il est sans recours, il ne sera pas écouté en justice.

Ce qui accentue l'immoralité de ces résultats, c'est que la sanction que constitue l'adage est elle-même

(4) DELANGLE « *Des sociétés commerciales* », p. 105 et 106.

(5) Observations sous : Ch. crim., 12 novembre 1909 : S. 1913. 1. 285.

appliquée de façon déconcertante. Nous l'avons vu, les interprétations qui réduisent l'application de la maxime aux cas de turpitude égale sont erronées. On ne punit pas le plus coupable, on ne s'inquiète pas de la part que les plaideurs ont prise à l'acte illicite. Le défendeur peut être « l'instigateur, le bénéficiaire de la fraude » (6), son adversaire, avoir été entraîné par lui, le premier sera écouté parce que défendeur, et l'autre, repoussé parce que demandeur.

Les motifs mêmes qui poussent actuellement le défendeur sont négligés. Peut-être cherche-t-il par son procès à réaliser un gain sans cause, tandis que son adversaire entend seulement éviter une perte. Les intentions du premier sont ainsi plus frauduleuses, et c'est pourtant à leur gré que le procès se déroule. On ne tient pas compte de la moralité des parties, lors de l'acte passé, de leur moralité dans le débat actuel. On applique la peine avec *un dédain complet de la culpabilité des parties*.

Telle est la maxime, appliquée rigoureusement, selon une logique abstraite et apparente. Faut-il ajouter qu'on ne saurait admettre, avec la même facilité, toutes ces conséquences ? On sent le besoin de fixer des limites à l'enchaînement de ces déductions, d'établir des distinctions.

125. L'application de l'adage est provoquée par le défendeur, souvent aussi coupable, quelquefois plus, que son adversaire. Il faut bien pour lui donner raison malgré tout, faire abstraction de ses intentions, de

(6) Limoges, 11 juin 1898 : S. 1900. 2. 302.

son acte, le rendre en quelque sorte *irresponsable*. De là, à conclure que cette irresponsabilité couvre toutes ses fautes, il y a de la distance. Ce n'est que dans une mesure limitée qu'on peut paralyser ses devoirs de conscience (7). Les préoccupations morales imposent par là leur point de vue. Elles créent une *nouvelle série de limitations* à l'application de la maxime. Mais tandis que celles qui naissent des nécessités de l'Intérêt public ont été depuis longtemps mises en lumière, celles-ci sont peu connues (8).

§ 2. — ***Les violations de la loi pénale commises
par le défendeur.***

126. Répression des violations de la loi pénale commises par le défendeur. — **127.** Intérêt technique de certaines situations qui résultent de cette répression. — **128.** Aspect nouveau que prend dans ces hypothèses le problème de la répétition.

126. Les violations de la loi pénale se trouvent parmi les fautes les plus graves que le défendeur puisse commettre contre son devoir. S'il faut élever un doute en face de certains emplois immoraux de l'adage, c'est par ceux qui protègent ces délits que l'on doit commencer. Le défendeur peut-il vraiment s'autoriser de ce que le demandeur est incapable de

(7) M. SAVATIER a montré dans la conclusion de son ouvrage « *De la sanction et des effets du devoir moral* », p. 445 et 446, que parfois le conflit entre le devoir moral et la loi est résolu au profit de cette dernière : « Le devoir moral est réduit à néant ». La maxime *Nemo auditur* nous paraît être une de ces hypothèses.

(8) M. DEMOGUE « *Traité des obligations* », t. 2, p. 808 ; M. PERREAU « *Technique de la Jurisprudence* », t. 1, p. 176, ont signalé et étudié les particularités d'application de l'adage dans les cas de violations de la loi pénale commises par le défendeur. — Nous devons d'autre part, évidemment, faire exception pour les cas de sociétés illicites qui ont été bien étudiés, mais à un point de vue spécial.

faire valoir ses droits sur un objet, pour commettre un abus de confiance, un détournement ?

Il semble qu'il n'y ait pas de délit à entreprendre sur les droits de quelqu'un, quand la loi elle-même l'en dépouille. Sinon, elle se mettrait en contradiction avec elle-même, en protégeant d'un côté ce qu'elle punirait de l'autre. Le délit envisagé est *impossible* (9), et c'est la loi seule qui crée *artificiellement* cette impossibilité (10).

Aussi peut-elle cesser, si on le juge bon. On conçoit même que les dispositions de la loi réclameront bien rarement une protection qui couvre des fautes aussi graves. Il faut un intérêt très pressant et très immédiat pour qu'on recoure à une mesure aussi draconienne. On n'en peut guère citer que des exemples théoriques : le propriétaire d'un esclave ne serait pas admis à se plaindre qu'on lui ait dérobé son esclave (11) et le voleur qui aurait été volé n'aurait pas plus de recours, pensons-nous.

La pratique judiciaire présente, au contraire, de nombreuses hypothèses où l'infraction a été réprimée sans égard aux prohibitions de la loi civile. On évite par ce moyen de « donner une prime au vol » (12), « de favoriser des agissements frauduleux » (13). C'est

(9) En ce sens, observ. sous Crim., 12 novembre 1909, précité.

(10) Ibidem. Il faut donc que les autres conditions juridiques du délit soient réalisées, par ex. que le dépôt puisse être prouvé selon les règles légales ; Ch. crim., 23 novembre 1923 : *Gaz. Pal.*, 24. 1. 207.

(11) R. GARRAUD « *Traité de droit pénal français* », Paris, 1901, 2^e éd., t. 5, n^o 2098.

(12) Chambéry, 3 décembre 1891 : *Gaz. Pal.*, 91. 2. 720.

(13) Trib. corr. Seine. 23 avril 1904 : *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 199. Les Tribunaux invoquent différents autres arguments : le coupable aurait pu régulariser sa situation (Crim., 9 juillet 1857 : D. 57. 1. 379), l'opération illicite n'a pas été réellement effectuée (Besançon, 15 novembre 1910 : *Gaz. Pal.*, 1910. 2. 600).

ainsi que le vol d'un objet de contrebande a été sanctionné en justice (14).

Il a été jugé également que la contrefaçon commise en matière de remède secret ou à l'égard d'un produit vendu par une Congrégation illicite tombe sous le coup de la loi (15).

De même, les abus de confiance, les détournements commis à propos de contrats relatifs au jeu (16), à la circulation d'effets de complaisance (17), à la contrebande (18) ont été réprimés conformément aux dispositions du Code Pénal.

127. La reconnaissance de ces infractions provoque parfois des situations juridiques curieuses. Le défendeur est lié à son co-contractant en vertu d'une convention illicite ; il peut donc se refuser à accomplir les obligations nées de son contrat, sans que son adversaire ait un recours, par exemple, puisse réclamer le paiement promis. Et pourtant, s'il commet un acte qui tombe sous le coup de la loi pénale, il devient punissable. Il y a comme *une dissociation* dans les liens de l'obligation : le demandeur n'a

(14) Crim., 14 juillet 1815 : S. et P. chron. 1815 (aff. Debrieux) ; R. GARRAUD, *ouvr. cité*, *ibid.* Cf. à propos d'une hypothèse voisine, Chambéry, 3 décembre 1891 : *Gaz. Pal.*, 92. 1. 503.

(15) Trib. Grenoble, 23 avril 1904 : D. 1906. 2. 137 (note de Ch. Claro) ; Paris, 13 mars 1913 : « *Annales de la Propriété industrielle* », 1914. 1. 26.

(16) Crim., 12 novembre 1909, précité ; Paris, 4 novembre 1912 : *Gaz. Trib.*, 1913, 1^{er} sem., 2. 65 ; pour la question des chèques sans provision donnés en paiement de dettes de jeu, voir *infra*, p. 235.

(17) Trib. corr. Seine, 30 novembre 1900 : *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 328 (note F. P.) ; même Trib., 23 avril 1904 : *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 199. *Contra*. Trib. corr. Seine, 21 mars 1899 : *Gaz. Trib.*, 99, 1^{er} sem., 2. 526, infirmé par un arrêt de Paris, 5 août 1899, en note sous Trib. corr. Seine, 7 août 1900 : *Gaz. Trib.*, 1900, 2^e sem., 2. 308 ; Trib. corr. Seine, 7 août 1900, précité.

(18) Crim., 9 juillet 1857 : D. 57. 1. 379. Même solution en cas d'abus de confiance relatif à un fidéi-commis prohibé : Crim., 4 novembre 1869 : D. 70. 1. 383, à des opérations en coulisse : Besançon, 15 novembre 1910 : *Gaz. Pal.*, 10. 2. 600.

aucun droit envers le défendeur, mais le défendeur ne cesse pas d'être obligé envers lui — « ses obligations restent les mêmes », disent les Tribunaux (19) — et s'il y manque trop gravement, son adversaire trouve dans cette faute un nouveau droit d'agir (20).

Au fond, les obligations que les parties ont l'une envers l'autre ne se limitent pas à elles. Quand le plaideur n'a plus la possibilité de faire valoir ses droits, la Société, en tant que gardienne de la Morale, conserve un intérêt à ce qu'ils ne soient pas violés d'une façon trop cynique. C'est *vis-à-vis d'elle* que le défendeur reste lié matériellement envers le demandeur (21).

128. L'accomplissement de l'infraction change les conditions du règlement de l'acte illicite. Laisser l'objet en la possession du délinquant, c'est une solution scandaleuse, quand le délit est reconnu, affirmé. La maxime est donc écartée et la répétition, prononcée en faveur de l'autre partie, qui semble moins indigne, maintenant qu'elle a été victime d'une infraction. — Les Tribunaux ont proposé une autre explication : le délinquant serait obligé à rendre, parce qu'il a engagé sa responsabilité par le fait de l'infraction (22). De deux choses, l'une, pensons-nous plutôt. Ou bien la

(19) Trib. corr. Seine, 30 novembre 1900, précité ; Crim., 9 juillet 1857, précité.

(20) « (L'émetteur de chèques sans provision) doit répondre... du délit qu'il a commis, sauf à opposer la cause illicite de l'obligation quand il sera mis en demeure de l'exécuter. » Trib. corr. Seine, 9 juin 1926 : *Gaz. Pal.*, 26. 1. 352 ; « On ne saurait absoudre le débiteur qui aurait éteint une dette illicite en la payant au moyen d'une monnaie qu'il savait fausse. » (même jugement).

(21) Les auteurs approuvent en général la Jurisprudence : MM. CHAUVEAU et HÉLIE « *Théorie du Code Pénal* », Paris, 1872, 5^e éd., t. 5, p. 447 ; F. P., note à la *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 328 ; BOUYSSON, note au *Pand. Franç.* : 1905. 2. 264. *Contra* : observ. au S. 1913. 1. 285.

(22) Besançon, 15 novembre 1910, précité.

maxime s'oppose à la demande du coupable, et alors elle supprime sa responsabilité, comme l'obligation principale — ou bien elle s'efface, et alors il est inutile d'alléguer une autre raison pour justifier la répétition.

La Jurisprudence montre, d'ailleurs, une évidente intention de restreindre le nombre de ces restitutions. Il faut que la répétition « trouve sa source dans le délit lui-même » (23), pour que les Tribunaux y recourent. Ils acceptent volontiers une solution hybride, qui consiste à punir le défendeur, sans donner raison au demandeur. Loi civile, loi pénale sont appliquées concurremment. L'un est puni pour avoir manqué aux devoirs résultant de sa promesse ; l'autre ne reçoit pas ce qui lui avait été promis illicitement.

Ainsi a-t-il été jugé récemment à propos de chèques sans provision donnés en paiement de dettes de jeu. Le prêteur a ourdi cette machination pour obtenir le remboursement d'une dette que la loi ne reconnaît pas. Il espère faire pression sur l'emprunteur par une sorte de « chantage », à défaut, profiter du délit pour introduire une action civile qui lui vaudrait l'équivalent d'un remboursement. Ces projets le rendent particulièrement condamnable et les Tribunaux se sont efforcés de ne pas prêter une aide à leur réalisation. Ils punissent l'émetteur de chèques sans provision et refusent l'action civile au prêteur (24). Solution élégante, qu'on souhaite voir persister.

(23) Trib. corr. Seine, 9 juin 1926, précité.

(24) Trib. corr. Annecy, 17 mars 1926 : S. 26. 2. 63 ; Trib. corr. Seine, 9 juin 1926, précité ; Crim., 27 novembre 1926 : Gaz. Pal., 27. 1. 117 ; Crim., 22 janvier 1927 : Gaz. Pal., 27. 1. 316 ; Paris, 23 novembre 1928 : Gaz. Pal., 29. 1. 375 et sur pourvoi : Crim., 18 avril 1929 : D. H. 1929. 285 ; Crim., 19 juillet 1929 (sol. impl.) : D. H. 1929. 492. *Contra* : Trib. corr. Seine, 7 janvier 1926 : S. 26. 2. 63.

§ 3. — ***L'appropriation exercée par le défendeur à la suite d'un contrat n'engageant pas la propriété.***

129. *Cas d'un bien illicite apporté en mariage.* — **130.** *Cas d'un bien confié en vertu d'un contrat de location.* — **131.** *Hypothèse d'un objet remis en dépôt ou en gage.*

129. Quand l'appropriation par le défendeur ne tombe pas sous le coup de la loi pénale, les raisons qui permettaient de faire échec à la maxime perdent beaucoup de leur valeur juridique. La violation de la bonne foi reste aussi blâmable, mais il n'y a plus de dispositions sur lesquelles on s'appuierait pour maintenir le principe d'une obligation entre les parties; on ne dispose que de considérations inspirées de la morale. Aussi, les exceptions à l'adage se font-elles plus rares.

On en a pourtant encore d'abondants exemples en matière de sociétés. Ils sont trop nombreux et portent sur des sujets trop particuliers pour n'être pas examinés séparément plus loin. Mais on peut étudier ici le cas d'une *mise en communauté* qui ne met point en jeu tout à fait les mêmes questions.

L'époux qui apporte le bien illicite en mariage n'a pas l'intention d'en faire donation à son conjoint. Si coupables que soient ses intentions, au moment où il en demande la restitution, celles du défendeur le sont bien davantage, puisqu'il cherche à profiter « de la simple énonciation » de ce bien « pour dépouiller » (25) l'époux apporteur. Les projets du détenteur

(25) Grenoble, 5 novembre 1895 : D. 96. 2. 253.

rendent son rôle plus actif dans le procès et l'on est amené à comparer la moralité des plaideurs (26). Il apparaît alors que la sanction dépasse le but à atteindre et qu'il convient d'écarter l'exception du défendeur. Pour la même raison, l'époux a le droit de revendiquer sa part de communauté dans les produits d'un bien illicite (27).

130. Que décider au cas de *location*? Le locataire peut-il rester en possession, malgré son propriétaire, non seulement pendant la location, mais après? Plusieurs arrêts ont été jusque-là (28); ordinairement les tribunaux repoussent cette solution (29). Ils autorisent même le bailleur à rentrer en possession, quand il le veut. Mais, comme ces décisions ont été rendues en faveur de propriétaires d'immeubles et que les motifs s'appuient expressément sur cette circonstance, faut-il en conclure que, s'il s'agissait d'une location mobilière ou d'une sous-location, la solution serait différente? La spoliation du demandeur serait-elle consacrée, en vertu de la règle *Nemo auditur*?

131. Pour le contrat de *dépôt*, si l'on admet la répétition, il sera bien difficile de distinguer dans ses

(26) Cet examen apparaît clairement dans un arrêt de Paris, 4 août 1909 : D. 1910. 2. 304. L'examen des qualités au point de vue de la possession serait délicat : quel est le vrai possesseur de ces biens ?

(27) Paris, 4 août 1909, précité. En ce sens : RODIÈRE et PONT « *Traité du contrat de mariage* », Paris, 1869, n° 439 ; GUILLOUARD « *Traité du contrat de mariage* », Paris, 1885, p. 351 ; BAUDRY-LACANTINIERIE, LECOURTOIS, SURVILLE « *Du contrat de mariage* », Paris, 1897, t. 1, n° 289. La décision de la Ch. Civile, 5 février 1873 : S. 73. 1. 289 (note LABBÉ) n'est pas opposée : elle donne à l'époux innocent la totalité du prix versé pour faire cesser les poursuites consécutives à l'adultère : il était difficile de voir dans cette somme « un gain » de communauté.

(28) Alger, 9 mai 1894 : D. 95. 2. 21 ; Orléans, 31 décembre 1889 : Gaz. Pal., 90. 1. 270.

(29) Rennes, 21 février 1890 : Gaz. Pal., 90. 1. 624 ; Uzès, 17 février 1886 : Gaz. Pal., 86. 1. 802 ; Alger, 15 novembre 1893 : D. 94. 2. 528 (rétracté par Alger, 9 mai 1894, précité).

effets le dépôt illicite du dépôt régulier : tous deux engendreront la même obligation de rendre. Est-ce cette raison qui a convaincu les Tribunaux? On a une décision isolée qui repousse le déposant (30). Malgré tout, cette sanction paraît exagérée, si l'on songe au cynisme du défendeur.

Quant au *gage*, le précédent jugement a accepté la maxime, mais la plupart des décisions admettent la répétition (31). Il est vrai qu'elles se rapportent à des opérations de jeu ou à des négociations effectuées en coulisse. Or, dans ces matières, la question se présente sous un aspect particulier. Le gage est une « couverture » dont le caractère juridique est imprécis : nantissement ou paiement anticipé? La Jurisprudence hésite entre les deux opinions (32). Il convient de remarquer que, lorsque le caractère de nantissement est reconnu à la couverture, la répétition n'est pas refusée (33). Mais comme on n'a pas écarté expressément l'idée d'une indignité qui frapperait le

(30) Limoges, 30 novembre 1888 : D. 89. 2. 38. Un arrêt (à l'étranger) a reconnu au contraire l'obligation de rendre à la charge du dépositaire : Cass. Florence, 10 décembre 1901 : S. 1904. 4. 11.

(31) Civile, 21 février 1852 : D. 53. 1. 58 ; Civile, 17 juillet 1854 : D. 54. 1. 304 ; Paris, 14 mars 1849 : D. 50. 2. 179 ; Bordeaux, 15 juin 1857 : D. 58. 2. 31 ; Req., 12 novembre 1884 : D. 85. 1. 469 ; Trib. Lyon, 8 février 1884 : *Gaz. Pal.*, 84. 1. 904 ; Civile, 22 mai 1895 : S. 97. 1. 386 ; Civile, 9 février 1910 : D. 1910. 1. 455 ; Paris, 8 mars 1911 : *Gaz. Pal.*, 1911. 2. 109. *Contra* : Trib. com. Seine, 24 avril 1848, sous Paris, 5 décembre 1849 : D. 52. 2. 94 ; Paris, 16 mars 1882 : D. 82. 2. 98 ; Paris, 17 février 1893 : *Gaz. Pal.*, 93. 1. 289 ; Trib. com. Seine, 30 juillet 1897 : sous Civile, 1^{er} août 1899 : D. 1900. 1. 146 ; Paris, 29 avril 1911 : *Gaz. Pal.*, 1911. 2. 137. Cf. notes de MM. PIC au D. 1897. 1. 177 ; LACOUR au D. 1910. 2. 114 ; CHÉRON au D. 1914. 1. 13.

(32) Cf. la note de M. LACOUR, précitée ; LYON-CAEN et RENAULT « *Traité de droit commercial* », t. 4, p. 878.

(33) En ce sens : Civile, 19 juin 1855, précité ; Civile, 9 février 1910 et Paris, 8 mars 1911, précités, ainsi que Req., 12 novembre 1884 : D. 85. 1. 469. *Contra* : Paris, 16 mars 1882 ; 17 février 1893 ; Civile, 1^{er} août 1899, précités.

propriétaire du gage (34), il serait peut-être imprudent de généraliser la solution qui a été donnée à cette occasion (35).

Elle s'impose pourtant par sa logique. Le gage est un complément de l'obligation; il est lié à celle-ci par des rapports très étroits, et ce n'est pas reconnaître vraiment qu'elle est nulle et sans force, que de laisser l'objet remis en garantie en possession du créancier (36). Ce serait presque inciter le débiteur à accomplir sa prestation.

§ 4. — *Les sociétés illicites.*

132. *Critiques adressées à la maxime en matière de sociétés illicites.* — 133. *Principes que nous proposons pour leur règlement.* — 134. *Examen de la Jurisprudence.*

132. L'application de la maxime *Nemo auditur* aux sociétés illicites a provoqué depuis longtemps de vives critiques. La solution à laquelle elle aboutit semble ici tout à fait rigoureuse (37). Ainsi que dans les contrats que nous venons d'étudier, mais bien plus fréquemment, vu le nombre de ces sociétés, elle dépouille quelqu'un de sa propriété, et cela au profit d'une personne qui n'est peut-être même pas un co-

(34) Plusieurs arrêts ont même recouru expressément à la notion d'indignité pour refuser la restitution : Paris, 17 février 1893 ; Trib. com. Seine, 30 juillet 1897, précités.

(35) Les arrêts de Paris, 14 mars 1849 ; Civile, 21 février 1852 et 17 juillet 1854, précités, ont cependant été rendus à propos de violations de l'art. 1131.

(36) Cf. les motifs des arrêts cités note précédente.

(37) Cf. LAURENT « *Principes de droit civil* », t. 26, p. 165 ; ARTHUYS « *Traité des sociétés commerciales* », t. 1, p. 99 et 101 ; HÉMARD « *Théorie et pratique des nullités de sociétés* », p. 87 et s. ; H. SOLUS « *La liquidation entre associés...* », Rev. des Sociétés, 1922, p. 271, et note au S, 28. 1. 12.

associé; elle sacrifie les intérêts des créanciers qui voient disparaître leur gage, le capital social. Quand même on accepterait ailleurs l'adage, il semble qu'il y ait, en présence de ces résultats, des raisons spéciales de l'écarter en notre matière (38).

La position des adversaires de la maxime change en même temps. Ils ne proposent la répétition que pour des cas assez rares, et, sans tirer de l'article 1131 les déductions habituelles, qu'on prétend rigoureusement logiques, ni appliquer le principe que ce qui est nul ne peut produire d'effets, ils se guident pour le règlement des conséquences des actes accomplis sur les besoins pratiques. Ils admettent une société de fait (39), puisqu'il est « impossible » de revenir à l'état antérieur des choses (40).

N'en est-il pas toujours ainsi? Le cas des sociétés illicites ne nous paraît pas si singulier au milieu des autres applications de l'adage. Les conditions sont seulement plus complexes. A notre avis, les procédés

(38) A. WAHL « *Précis de droit commercial* », p. 171 ; P. PIC « *Des sociétés commerciales* » (coll. Thaller), t. 1, p. 575 ; J. HÉMARD, *ouvr. cité*, p. 5 et 90.

(39) Admettent la société de fait : LAURENT, *ouvr. cité*, t. 26, p. 165 et s. ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL « *De la société* », p. 59 et 61 ; PIÉDELIEVRE « *Des effets produits par les actes nuls* », p. 222 ; ARTHUYS, *ouvr. cité*, p. 101 ; SAVATIER, *ouvr. cité*, p. 379 ; SOLUS, *ouvr. cité*, p. 273 ; THALLER et PERCEROU « *Traité élémentaire de droit commercial* », p. 259 ; LACOUR et BOUTERON « *Précis de droit commercial* », t. 1, p. 179 ; PIC, *ouvr. cité*, t. 1, p. 578 ; HÉMARD, *ouvr. cité*, p. 91. — Limitent la répétition aux apports : ARNTZ « *Cours de droit civil* », Paris et Bruxelles, t. 4, p. 65 ; TAULIER « *Théorie... du Code civil* », t. 6, p. 343 ; PONT « *Des sociétés* », p. 43 ; AUBRY et RAU « *Cours de droit civil* », t. 6, p. 18 ; BOISTEL « *Précis de droit commercial* », p. 252 ; GUILLOUARD « *Traité du contrat de société* », Paris, 1891, p. 91 ; HOUPIN « *Traité... des sociétés* », t. 1, p. 26 ; PLANIOL « *Traité élémentaire de droit civil* », t. 2, n° 1949 ; LYON-CAEN et RENAULT, *ouvr. cité*, t. 2, p. 73. — N'admettent pas la répétition des apports : DELANGLE « *Traité des sociétés commerciales* », p. 105 ; DELAMARRE et LE POITVIN « *Traité du contrat de commission* », t. 1, p. 110 ; ROUSSEAU « *Des sociétés commerciales* », p. 34 ; TROPLONG « *Contrat de société* », p. 129 ; RUBEN DE COUDER « *Dictionnaire de droit commercial* », v° société.

(40) LAURENT, *ouvr. cité*, t. 26, p. 165 ; HÉMARD, *ouvr. cité*, p. 7.

employés pour leur règlement sont, *comme ceux des simples actes illicites*, essentiellement dominés par deux préoccupations: ne pas troubler les situations acquises sous prétexte de revenir au prétendu état antérieur des choses; établir une sanction qui arrête l'extension de ces sociétés.

133. Pour nous, la liquidation d'une société illicite doit donc, en principe, s'opérer sur les bases d'une *communauté de fait*. Cette liquidation constitue déjà en beaucoup de cas une sanction suffisante et c'est la solution la plus morale vis-à-vis des créanciers et des co-associés. On ne saurait, sans iniquité, dépouiller quelqu'un d'apports qu'il n'a jamais songé à abandonner. Et quant aux bénéfices, il serait bien impossible pratiquement de les restituer à qui les a procurés. Mieux vaut les répartir que les laisser dans les mains d'un détenteur occasionnel.

On pourrait seulement, dans le cas d'une société en commandite, considérer avec assez de vraisemblance les gains comme personnels au commandité. C'est en vertu d'un accord, ce n'est pas par une suite naturelle des choses qu'ils deviennent communs entre les associés. Le commanditaire n'en est pas vraiment propriétaire, mais presque créancier. On peut sans inconvénient, puisqu'on annule le contrat, empêcher cet effet de la convention et laisser les bénéfices au commandité (41).

Quand l'illicéité de la société est vraiment grave, on doit songer à prendre envers elle une autre me-

(41) En ce sens : Paris. 27 mars 1902 : *Gaz. Trib.*, 1902, 2^e sem., 2. 132.

sure que la liquidation. La *répétition* est tout indiquée comme un procédé de répression plus sévère, mais encore bénin; il ne sacrifie les associés que dans les bénéfices qu'ils ont réalisés indûment. Il est vrai, les créanciers se voient davantage lésés, à moins de soutenir que leurs débiteurs sont tenus envers eux de réparer la faute qu'ils ont commise en se présentant comme associés et qu'ils sont, à ce titre, engagés solidairement, comme ils l'auraient été dans une société en nom collectif régulière (42).

La *maxime* sera réservée aux sociétés particulièrement dangereuses. Malgré les solutions iniques qu'elle consacre, grâce à elles plutôt, elle constitue la sanction la plus efficace. D'ailleurs, elle n'offre pas ici l'inconvénient de troubler les relations sociales: de telles sociétés sont occultes et n'interviennent pas, en tant que telles, dans le commerce juridique (43).

134. La Jurisprudence n'a pas encore officiellement admis ce point de vue. La *maxime* est pour elle un procédé général de règlement, et non pas une sanction extraordinaire. On remarque seulement depuis quelque temps qu'une évolution commence à se dessiner dans les décisions. Les Tribunaux admettent de plus en plus que les sociétés pour l'exploitation des remèdes secrets doivent être réglées comme des sociétés de fait (44). Le commerce des remèdes secrets

(42) Aix, 2 juin 1868 : D. 69. 2. 242.

(43) La *maxime* produit des conséquences parfois très sévères : dans un cas, elle a consacré pour l'inventeur la perte de la formule de son remède secret : Paris, 5 février 1889 : *Gaz. Pal.*, 89. 1. 620.

(44) Dans le sens de la *maximé*, voir : Paris, 5 février 1889, précité ; Trib. com. Seine, 10 novembre 1897 : *Gaz. Pal.*, 98. 1. 274 ; Versailles, 25 janvier 1905 : D. 1907. 2. 118. — Dans le sens de la société de fait : Paris, 30 juillet 1903 : D. 1906. 1. 412 ; Civile, 25 janvier 1921 : D. 24. 1. 134 ; Civile, 13 juillet 1927 : *Gaz. Pal.*, 27. 2. 604 ; Angers, 13 mai 1929 : *Gaz. Pal.*, 1929. 2. 187.

est pourtant une hypothèse où ils persistent à appliquer l'adage, quand il n'y a pas société (45). N'y a-t-il pas contradiction entre ces deux solutions?

A notre avis, cette apparente contradiction s'explique très bien. En matière de ventes de remèdes secrets, la maxime ne joue pas avec une sévérité excessive. On peut en faire la sanction normale. En matière de sociétés, elle prend un caractère trop rigoureux et doit s'effacer. Ainsi les Tribunaux tendent inconsciemment par l'adoption de solutions spéciales à reconnaître le caractère particulier que revêt l'application de l'adage en cas de société.

A défaut du principe général, les Tribunaux acceptent au moins la plupart des solutions que nous proposons. Les sociétés entre vétérinaires (46), entre médecins (47), entre pharmaciens (48) sont liquidées comme des *sociétés de fait*. Pour ces actes illicites, la répétition n'est pas adoptée, à cause de ses résultats trop sévères.

On y recourt, au contraire, pour la mise en société d'offices ministériels (49). La société de fait, en rendant définitifs les gains acquis, présenterait « les mêmes inconvénients » (50) que la société régulière. Comme on tient à empêcher que ces effets se produisent, en ces questions qui touchent au bon fonction-

(45) Voir *supra*, p. 222; note 89.

(46) Trib. Marseille, 24 octobre 1923 : *Gaz. Pal.*, 24. 1. 116.

(47) Trib. de la Seine, 20 janvier 1905 : D. 1906. 5. 1. (société entre médecins et non diplômés).

(48) Paris, 27 mars 1862 : D. 62. 2. 105 ; Civile, 15 novembre 1876 : S. 77. 1. 409 ; Trib. com. Nantes, 11 décembre 1895 : D. 97. 2. 171. (Ces trois arrêts, relatifs à des sociétés entre pharmaciens) ; Angers, 13 mai 1929, précité, sol. impl. (dans le cas d'une société entre pharmacien et non diplômés).

(49) Voir la Jurisprudence citée p. 219, note 78.

(50) Bordeaux, 3 juin 1890 : D. 98. 2. 84.

nement d'une organisation publique, on accepte le procédé de la *répétition*.

Enfin, la *maxime* est adoptée pour les sociétés les plus répréhensibles : celles qui pratiquent la contrebande (51), la fraude au fisc (52), celles qui se lient entre les fonctionnaires et ceux qu'ils sont appelés à surveiller (53). Elle est admise dans les sociétés de jeu en vertu du texte de l'article 1965 qui ne permet pas d'éluder ce procédé (54). Dans tous ces cas, le défendeur est favorisé et peut s'approprier indûment ce qu'on ne lui a pas remis dans cette intention. La formule de Delangle est juste: le détenteur garde une propriété qui ne lui appartient pas (55). L'intérêt de la loi et de la sanction a conduit à consacrer pour lui cette violation de son devoir moral.

§ 5. — *Le domaine de l'irresponsabilité du défendeur.*

135. *Justification de l'emploi de la maxime.* — **136.** *Exceptions apportées en cas de fraude extra-contractuelle commise par le défendeur.* — **137.** *Exceptions apportées en certains contrats mettant en jeu plus intimement une question de bonne foi.* — **138.** *Exceptions apportées en certaines hypothèses d'enrichissement indu et de responsabilité quasi délictuelle. Tendances doctrinales et jurisprudentielles.* — **139.** *Danger de l'admission trop exclusive des considérations d'équité.* — **140.** *Maintien d'une obligation naturelle dans quelques-uns des cas donnant lieu à l'application de la règle Nemo auditur.* — **141.** *Conclusion.*

(51) Douai, 11 novembre 1907 : S. 1907. 2. 308. Cf. R. DEMOGUE « *Rev. Trim. droit civil* », 1908, p. 116. Voir aussi : Pau, 11 juillet 1834, sous Req., 25 août 1835 : D. 35. 1. 404.

(52) Limoges, 8 août 1879 : D. 80. 2. 131 ; et Req., 8 novembre 1880 : D. 81. 1. 115.

(53) Dijon, 15 mars 1894 : D. 94. 2. 471 ; Aix, 22 juin 1878 : S. 79. 2. 19. On a appliqué la même solution à une société existant entre un huissier et un adjudicataire de créances à recouvrer : Riom, 17 août 1863 et Req., 10 janvier 1865 : S. 65. 1. 110.

(54) Limoges, 12 décembre 1868 : D. 69. 2. 14 ; Trib. Seine, 2 juin 1922 : *Gaz. Trib.*, 22. 2. 662.

(55) DELANGLE, *OUVR.* cité, p. 106.

135. Voici maintenant le cercle des obligations contractuelles. Par hypothèse, le défendeur, en alléguant sa turpitude, se dispense des charges que lui impose son contrat, tout en profitant des avantages qu'il lui a procurés. Certes, la mauvaise foi de ce plaideur est toujours grande. Garder un objet sans accomplir la prestation qu'on a promise pour l'avoir, c'est une sorte d'appropriation indue. Cependant elle s'explique au regard du Droit mieux que les autres. Si elle n'a pas été consentie vraiment, cette appropriation a pu être prévue. Chaque contractant, en suivant la foi de son partenaire, s'expose à des risques et doit les mesurer quand il conclut son affaire. Toute convention laisse des chances à courir. Il n'y a donc rien d'absolument extraordinaire dans le sort subi par le créancier dupé. Le risque est venu de la loi, non pas des circonstances, mais il rentre dans le cercle des *dommages prévus et acceptés*. On peut donc, sans une iniquité trop flagrante, autoriser le défendeur à manquer aux règles de la bonne foi et le rendre « irresponsable ».

136. Ces explications laissent entrevoir quelques limites à l'étendue de cette irresponsabilité. On exige au moins que le contrat *ait été conclu loyalement*, que l'accomplissement de la prestation ait été fait en connaissance de cause. Si, par exemple, le défendeur a offert à son complice un faux billet de loterie, il ne pourra pas garder le prix remis en échange; on autorise la répétition qui ferait peut-être doute autrement (56). Si le demandeur a versé, par suite d'une

(56) Pau, 30 juillet 1913 : D. 1914. 2. 120.

erreur de compte, une somme supérieure à celle qu'il devait à la suite d'opérations illicites, on ne pourra pas davantage lui opposer la règle *Nemo auditur* (57).

137. Et même à propos d'hypothèses où il s'agit vraiment d'obligations consécutives au contrat, que de distinctions doit-on apporter! Il y a *des conventions qui mettent en jeu plus étroitement une question de bonne foi* telle qu'on ne tolère plus les exceptions frauduleuses opposées par le défendeur. Tel est le contrat de prête-nom; celui qui a reçu des sommes au nom d'un complice est repoussé quand il s'efforce de se dispenser de les remettre (58). Telle encore, la convention de simulation qu'on fait respecter quand un des plaideurs prétend maintenir le contrat apparent. Ainsi le demandeur qui a remis des biens à un complice, pour les dissimuler à la saisie de ses créanciers, ne peut se voir opposer la règle *Nemo auditur*. Son adversaire se doit de respecter la convention fiduciaire à laquelle il a concouru (59). Il est vrai qu'une autre raison intervient pour justifier cette solution: la fraude paulienne ne met en jeu que des intérêts privés. Mais la règle resterait la même, si un intérêt d'ordre public intervenait. Le titulaire apparent d'une pharmacie semble bien tenu de rendre le fonds au vrai propriétaire (60). La Jurisprudence

(57) Req., 20 juin 1888 : D. 89. 1. 368.

(58) Paris, 23 février 1888 : *Gaz. Pal.*, 88. 1. 547.

(59) Voir *supra*, p. 178. Cf. en outre : Aix, 25 janvier 1871 : D. 71. 2. 53 ; Civile, 25 avril 1887 : D. 87. 1. 397. Dans ce sens, voir ce que dit pour le droit anglais POLLOCK « *Principles of Contract* » (3^e éd. américaine), 1906, New-York, p. 503.

(60) Paris, 19 février 1869 : D. 71. 2. 81. Mais le titulaire apparent avait lui-même fait l'offre de délaisser.

montre ici cependant quelque hésitation. Elle a repoussé parfois la femme qui se prétendait propriétaire de l'officine sous le nom de son mari (61). La solution nous semble moins heureuse et elle paraît motivée par des circonstances d'espèce.

Le contrat de société crée également des obligations plus étroites et il arrive — assez rarement, avouons-le — que les Tribunaux en tiennent compte. Un associé voulait refuser de faire participer l'actif social à une dépense engagée pour une cause illicite. Il y a été contraint, du moment qu'il était complice (62). De même, un commanditaire a pu obliger son commandité à lui donner des comptes à propos d'une opération prohibée (63).

Il a été jugé aussi à propos du mandat qu'il obligeait parfois à justifier de l'emploi des fonds remis (64). Mais la plupart des décisions sont en sens contraire (65). On comprend toutes les hésitations de la Jurisprudence en face des circonstances. En exigeant du mandataire ses comptes, elle le déterminerait peut-être à accomplir les prestations dont il est chargé. Les obligations qu'impose la bonne foi touchent de trop près à l'intérêt de l'ordre public et risquent de le léser. On les néglige le plus souvent. Ce n'est qu'en cas d'abus de confiance qu'on pourra être conduit à rechercher si des fonds n'ont pas été dé-

(61) Trib. Seine, 20 août 1868 : S. 94. 2. 52 ; Paris, 17 février 1891, *ibidem*. Evidemment la considération qu'en faisant exécuter le contrat occulte, on fait exécuter un acte illicite, est entrée en jeu dans ces décisions.

(62) Req., 3 février 1879 : D. 79. 1. 309 (rapport du conseiller DARESTE).

(63) *Gaz. Trib.* du 5 juin 1912 ; d'après S. 1912, sommaire. 2. 42.

(64) Limoges, 12 décembre 1868, précité ; Trib. corr. Seine, 23 avril 1904^e : *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 199. Cf. POLLOCK, *ouvr. cité*, p. 498 et 501.

(65) Voir *infra*, p. 276 note 60

tournés et à tirer de cet examen les conséquences de droit.

138. Plusieurs auteurs (66) ne se sont pas contentés de ces mesures de détail prises par les Tribunaux. Ils ont proposé pour tous les actes illicites un règlement fondé sur les indications de l'équité : le défendeur devrait restituer dans la mesure de l'*in rem verso* ou serait tenu d'une obligation naturelle. Nous avons souvent fait allusion à ces théories. Leur danger, d'après nous, c'est de faire exécuter en quelque façon un contrat qu'on prohibe. On allègue bien certaines différences: le prix de la vente pourra être diminué et ramené à un minimum équitable (67). Sans doute; mais, dans cette mesure même, la sanction qu'on veut prendre est affaiblie. Puisqu'on prétend détourner des contrats illicites par la consécration de certaines conséquences fâcheuses, il est contradictoire d'essayer de rendre ces conséquences moins injustes tout en maintenant la sanction. Il faut choisir entre un parti ou l'autre.

Aussi partageons-nous l'avis de la Jurisprudence qui, jusqu'à présent, a repoussé ces théories, adoptées comme règles générales (68). Elle ne s'en inspire qu'à titre exceptionnel. Par exemple, elle fait assez souvent indemniser l'agent d'affaires de ses peines et soins dans les tractations ayant donné lieu à dissimu-

(66) Notamment, M. SAVATIER, *ouvr. cité*, p. 375; G. SIOUFI « *Essai sur le critérium...* », p. 246 et s.

(67) R. SAVATIER, note au D. 22. 2. 34.

(68) Voir : Aix, 22 juin 1878, précité ; Req., 15 mars 1911 : D. 11. 1. 382 ; Req., 25 octobre 1927 : *Gaz. Pal.*, 1^{er} décembre 1927 (journ. qu.). D'ailleurs M. SAVATIER n'hésite pas à reconnaître que peu d'arrêts ont admis, en ces matières, la notion d'enrichissement indu (note précitée).

lation fiscale (69) et dans les opérations de courtage matrimonial (70). Quand l'intérêt public n'est pas en jeu, elle admet qu'une indemnité de jouissance est due à la suite d'un contrat de vente d'immeubles nul comme contenant une cession dissimulée d'office ministériel (71). Elle a aussi admis l'*in rem verso* à propos d'un contrat de travail illicite (72).

Les Tribunaux apportent la même circonspection dans la reconnaissance d'*obligations quasi-délicteuses* consécutives à un acte prohibé. En règle générale, les dommages découlant de l'infraction pour chacune des parties ne sont garantis par aucune indemnité. S'ils entraînent la ruine de l'une d'elles, la victime n'a qu'à s'imputer ses malheurs à elle-même (73). En acceptant de commettre une infraction, « on est censé (en) avoir accepté les conséquences, même imprévues » (74).

Mais si le dommage provient du fait précis d'un des co-contractants, l'article 1382 ne maintient-il pas le droit à des indemnités? Par exemple, un mandataire se charge d'opérations de contrebande. Parmi les marchandises importées, il en est dont la nature aggrave l'amende infligée. A supposer qu'il ait ignoré la provenance de ces objets, a-t-il un recours pour la

(69) Trib. com. Seine, 20 avril 1928 : *Gaz. Pal.*, 28. 2. 398 et D. 29. 2. 65. De même en matière de « remplacement militaire » : Rouen, 1^{er} mai 1929 : D. 30. 2. 277. En serait-il de même à l'égard d'un officier ministériel ? : *Contra* : Dijon, 29 juillet 1895 : D. 96. 2. 250.

(70) Trib. Bordeaux, 24 février 1909 : *Gaz. Pal.*, 1909. 1. 720.

(71) Amiens, 11 décembre 1889 : *Gaz. Pal.*, 90. 1. 230.

(72) Lyon, 4 mai 1865 : D. 66. 2. 165.

(73) Paris, 26 juin 1863 et Req., 16 avril 1864 : S. 65. 1. 23 ; Rouen, 31 décembre 1879 : S. 80. 2. 212.

(74) Turin, 12 décembre 1807 : S. 1807. 2. 716.

partie supplémentaire de l'amende⁹ Un ancien arrêt l'a nié, à juste titre (75).

Le propriétaire d'un remède secret n'a pas davantage le droit d'agir en responsabilité contre celui qui lui fait une concurrence déloyale (76). Sa demande est en rapport trop étroit avec l'acte incriminé pour qu'il soit prudent de l'écouter. De même un ouvrier engagé par un contrat de travail illicite ne peut réclamer le bénéfice de la loi de 1898, s'il est victime d'un accident (77). Décision déjà plus rigoureuse: le lien entre l'accident qui s'est produit et l'acte illicite n'était-il pas assez lâche pour laisser subsister, à défaut du principe de la loi de 1898, celui de l'article 1382⁹

Cette responsabilité est admise pour le locataire qui s'est livré à des dégradations sur un immeuble affecté à l'usage de maison de débauche (78). On pourrait penser, il est vrai, que dans cette hypothèse le fait que le dommage porte sur un immeuble contribue à faire rendre cette solution. Mais il est des cas indiscutables où le souci de la répression n'empêche pas de reconnaître que la responsabilité d'une partie est engagée envers l'autre, à la suite de torts

(75) Turin, 12 décembre 1807, précité.

(76) Trib. com. Seine, 22 mai 1889 : *Gaz. Pal.*, 89. 2. 12; Paris, 13 mars 1913, précité.

(77) Avignon, 22 octobre 1912 : *Gaz. Pal.*, 12. 2. 559 ; Trib. Fontainebleau, 24 novembre 1916 : *Gaz. Trib.*, 1916. 2. 603 ; Riom, 6 juin 1918 : *Gaz. Trib.*, 1918. 2. 311. Signalons encore ce cas plus curieux, relevé par M. le Doyen JOSSERAND, dans son livre sur « *L'esprit des droits et leur relativité* », Dalloz, 1927, Paris, n° 331 : Un entrepreneur de spectacles qui annonce par voie d'affiches une pièce licencieuse ne peut attaquer en dommages et intérêts celui qui a lacéré ces affiches. (Trib. Côte-d'Or, 15 décembre 1926, *Rec. Som. Sirey*, 1927, n° 1266).

(78) Trib. Lyon. 21 juin 1887 : *Moniteur judiciaire de Lyon*, 12 octobre 1887 : « Il n'est pas plus permis de dégrader impunément la maison d'autrui que de la démolir ou de l'incendier par la raison qu'elle est mal famée. »

particulièrement graves de sa part. Ainsi, la femme qui a été victime d'une séduction a le droit d'agir en dommages et intérêts contre l'individu qui a abusé de sa faiblesse (79). La personne de bonne foi qui, sur le conseil de son mandant, a commis une fraude fiscale obtient un recours contre lui (80).

Par la reconnaissance de ces obligations de restituer un enrichissement indu ou de réparer un dommage fautif, la Jurisprudence règle avec bonheur certaines situations découlant d'actes illicites. Mais ce sont des mesures de détail qu'on ne doit pas se hâter de généraliser. Elles ne peuvent servir que dans la mesure où elles ne portent pas une atteinte trop directe à la sanction cherchée (81).

139. Certains arrêts récents paraissent l'oublier. Un jugement, déjà cité, a empêché le défendeur d'alléguer la maxime pour s'éviter de payer le prix d'une vente immorale (82) ; un autre n'a pas accepté les raisonnements d'un propriétaire qui essayait, après avoir en-

(79) SAVATIER, *ouvr. cité*, p. 402. Cf. Alger, 13 février 1908 : D. 1909. 2. 5. Cparer. Chambéry, 17 mars 1908 : D. 1909. 2. 263.

(80) Semur, 16 août 1920, sous Req., 26 août 1926 : *Gaz. Pal.*, 26. 2. 203.

(81) On n'a pas admis d'indemnités pour les peines et soins dépensés, en cas de convention d'intérim illicite (Req., 19 juillet 1910 : S. 1911. 1. 566), en matière de traités secrets relatifs aux cessions d'offices ministériels (Civile, 10 décembre 1878 : S. 80. 1. 61) ; on ne reconnaît pas de droit à une indemnité de jouissance à la suite d'un bail illicite (voir p. 134, note 11, et Civile, 4 déc. 1929 : D. H. 1930-50. On a des décisions dans les deux sens en cas de vente de produits falsifiés (Trib. com. Béziers, 4 mai 1878 : D. 79. 2. 72, admet la répétition de l'indu. *Contra* Rouen, 31 décembre 1879 : S. 1880. 2. 212). Quid en matière d'effets de complaisance ? M. THALLER (note au D. 97. 2. 885) a admis la restitution de l'enrichissement indu. *Contra* Cour Sup. de Justice du Luxembourg, 17 décembre 1897 : S. 98. 4. 20. L'arrêt de la Ch. des Req., 21 mars 1919 : D. 1912. 1. 281, et les arrêts plus récents qui ont statué dans le même sens ne tranchent pas la question, puisqu'ils ne visent pas des effets vraiment illicites. (*Supra*, p. 225).

(82) Cour de Poitiers, 8 février 1922 : D. 22. 2. 34 (note SAVATIER).

caissé d'avance ses loyers, de rentrer en possession de l'appartement loué (83).

Ces décisions, très morales, semblent surprenantes. Le rejet de la maxime aboutit nettement ici, non plus à une répétition, mais à l'*exécution* plus ou moins avouée de la convention illicite. Mieux que des raisonnements, elles soulignent le danger d'une Jurisprudence qui se borne à des considérations d'équité. Après les avoir laissé dominer dans le règlement des actes illicites exécutés, il faudra, pour leur obéir, imposer l'exécution loyale de tels contrats (84). Que devient alors l'art. 1131 ? Où est la protection de l'Ordre public ?

Il faut rompre avec ces tendances et maintenir en principe général la prépondérance des intérêts sociaux. Lorsqu'ils l'exigent, le devoir moral du défendeur doit être sinon supprimé, au moins ignoré.

140. Subsistera-t-il même sous la forme atténuée d'une *obligation naturelle* ? Cette question est assez différente de celle qui se pose à propos d'un demandeur qui veut profiter de la répétition pour se dispenser de ses obligations. La restitution est donnée surtout en faveur des intérêts de l'ordre public : comme ils s'opposaient à une obligation civile, ils s'opposent à une obligation naturelle. L'intérêt général est moins directement en jeu dans l'application de la maxime, puisque celle-ci maintient en fait une situation illi-

(83) Trib. civil des Bouches-du Rhône, 23 mai 1928 : D. H. 1928. 410 (Cf. par. Aix, 28 février 1923 : *Gaz. Pal.*, 23. I. 759). Cette décision se justifie cependant mieux que celle de Poitiers, car l'exécution ne résulte qu'indirectement de la sentence du juge.

(84) C'est bien à cette solution qu'incline M. SAVATIER, *ouvr. cité*, p. 384 et s. Nous avons vu d'ailleurs qu'il est difficile parfois de distinguer le règlement d'un acte exécuté, de son exécution (*supra*, p. 87 et s.).

cite. Rien n'empêche donc d'admettre qu'en principe le défendeur reste grevé d'une obligation naturelle envers son créancier. Ainsi en matière de jeu où la solution se déduit de l'art. 1967, et en matière d'opérations effectuées en coulisse (85).

Nous n'en dirions pas autant des contrats relatifs aux maisons de tolérance, au *pretium stupri*. Ce serait leur reconnaître une certaine existence juridique (86). De même pour les effets de complaisance, l'admission d'une obligation naturelle prêterait à l'achèvement d'un acte illicite et serait contraire au vœu de la loi.

141. En résumé, la maxime reçoit toute une série d'exceptions du fait qu'elle repose sur la méconnaissance du devoir moral du défendeur. Quand il y a eu *violation de la loi pénale ou de droits réels*, on n'a recouru à l'adage que rarement, en des cas où l'on recherchait une sanction spécialement rigoureuse. Les fautes les plus graves du défendeur ne peuvent donc échapper à la répression qu'elles méritent.

Dans le cercle des *obligations contractuelles et quasi contractuelles, délictuelles et quasi-délictuelles*, on a, au contraire, admis en règle générale l'irresponsabilité morale du débiteur. Le tort matériel qui s'ensuit pour le créancier a été prévu, consenti par ce dernier; c'est seulement sa cause, la mauvaise foi du défendeur, qui n'a pas été envisagée. On considère que le manquement au devoir moral est, sinon moins coupable, moins dommageable pour la victime, puisqu'elle a

(85) R. SAVATIER, *ouvr. cit.*, p. 415.

(86) M. PERREAU « *Technique de la Jurisprudence...* », t. 1, p. 176, ne paraît pas voir dans ces hypothèses des obligations de conscience.

accepté en quelque sorte l'éventualité de cette perte.

Même dans ces hypothèses, on n'a pas toléré la maxime à propos de quelques contrats mettant en jeu des obligations plus étroites de bonne foi, comme la convention de prête-nom, de simulation, ou à propos de quelques cas d'enrichissement indu, de responsabilité civile, où l'admission de la demande n'affaiblit pas la sanction dans une mesure considérable.

CHAPITRE VII

L'état d'indignité.

§ 1. *L'état d'indignité.* — § 2. *Les personnes atteintes d'indignité.*
— § 3. *Les actions refusées.*

§ 1. — *L'état d'indignité.*

142. *Les conditions morales qui établissent le coupable en état d'indignité.* — **143.** *Caractère personnel de l'indignité, cause du refus d'action.* — **144.** *Les différents degrés de l'indignité.* — **145.** *Hypothèses où l'indignité cesse de produire ses conséquences.*

142. Le rôle de la maxime *Nemo auditur* est de repousser toute demande relative aux conséquences de l'infraction, quand elle vient de la part des coupables. Ces plaideurs dissimulent des intentions immorales, ou au moins intéressées, et cela suffit pour écarter leur procès. Décider du règlement de l'acte illicite à leur gré serait affaiblir la sanction que constitue la nullité et favoriser pour l'avenir l'accomplissement de nouvelles fautes. La réunion des qualités d'auteur de l'infraction et de bénéficiaire de ses conséquences explique le danger de la demande et l'utilité de l'adage.

Il s'ensuit que, dans la vie juridique, la faute qui résulte de la violation des lois ou des bonnes mœurs n'est pas un *événement isolé*. Elle jette sur son auteur un discrédit, une suspicion qui motive un refus d'action plus ou moins étendu. Alors que tout autre en a la possibilité, le coupable ne peut faire valoir les conséquences directes de son acte, et même certaines conséquences indirectes. L'effet de la maxime se traduit pratiquement pour lui par une *incapacité*, que nous désignons sous le nom d'*état d'indignité*.

Cet état est-il consécutif à toute violation consciente de la loi et de la morale publique ? La Jurisprudence du XIX^e siècle semble ne pas l'avoir cru. Elle a repoussé l'adage en différents cas de donations accomplies par simulation, sous ce prétexte que le donateur avait agi sans « idée de fraude » (1). A l'inverse, la formule que donnent d'autres arrêts est plus large : ils condamnent ceux qui « ont conclu en connaissance de cause des stipulations contraires à la loi ou à la morale » (2). De ces deux formules, laquelle doit l'emporter ?

A notre avis, la première tend à dominer. Grâce à l'imprécision de l'art. 1131, les juges s'efforcent de nuancer de plus en plus leurs décisions selon la culpabilité véritable des plaideurs. Celui qu'ils poursuivent par l'emploi de la maxime, c'est le taré, le récidiviste qui a l'habitude de se jouer des règlements, ou simplement celui qui accepte par intérêt de violer

(1) Toulouse, 9 janvier 1821. S. 21. 2. 242 ; Pau, 19 mars 1831 : S. 31. 2. 303 ; Limoges, 28 février 1839 : S. 39. 2. 375 ; Trib. Eprenay, 12 juin 1886 : *Gaz. Pal.*, 88. 1. 547 ; « (le coupable a agi) sciemment et dans le but de faire fraude à la loi ».

(2) Paris, 8 août 1853 ; S. 53. 2. 499. Cf. la définition de Huc, citée p. 11 *supra*.

la loi ; de toute façon, c'est, disent-ils, un individu qui *fraude* (3).

Ce mot suggère une remarque. Les exemples à propos desquels il est allégué montrent qu'il prend un sens spécial. Il n'implique pas en soi une simulation, une manœuvre feinte, il s'applique à l'intention qui n'est pas *avouable*, qui n'est pas droite. Le coupable fraude parce qu'il se sert des moyens de droit dans un but qui est contraire à celui de la loi (4), ou, si l'on veut, parce qu'il essaye de se soustraire aux obligations légales ou morales qui lui incombent.

Cette fraude implique essentiellement la recherche d'un *bénéfice*, c'est-à-dire *la satisfaction d'un dessein personnel et égoïste*. Se prêter à une complaisance interdite pour obliger quelqu'un constitue un motif *avouable*, si cette complaisance n'est pas en elle-même immorale. Les Tribunaux signalent bien cette nécessité du *bénéfice* (5), mais, le plus souvent, ils emploient une autre expression, moins exacte. Ils insistent sur le caractère *volontaire* de l'acte coupable (6). En fait, qu'on parcoure les décisions et l'on

(3) Cf. comme signalant ce caractère de fraude, notamment : Paris, 7 mars 1846 : D. 46. 4. 376 ; Req., 2 février 1853 : D. 53. 1. 57 (collusion) ; Trib. com. Seine, 24 décembre 1891 : *Gaz. Pal.*, 92. 1. 216 ; Req., 29 novembre 1893 : D. 94. 1. 63 ; Paris, 29 avril 1911 : *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 137. et les arrêts cités à la note 1.

(4) Par le terme « moyens de droit » nous entendons ici tous les procédés par lesquels on s'efforce d'obliger son co-contractant, fussent-ils invalidés par leur objet ou leur cause.

(5) Trib. Rethel, 23 avril 1858, sous Metz, 29 mars 1859 : S. 59. 2. 540. Evidemment, nous ne tenons pas compte de la jurisprudence relative au prêt et au mandat qui ont pour objet le jeu : on discute pour savoir si, dans ces deux cas, l'acte est nul par le seul fait de la connaissance de cause ou s'il faut que le mandataire, le prêteur retire un bénéfice du jeu. Il est donc naturel que les jugements insistent ici sur l'idée de bénéfice.

(6) Cf. Paris, 4 février 1854 : D. 54. 2. 149 ; Req., 21 décembre 1853 : S. 54. 1. 477 ; Trib. de com. Seine, 7 juin 1893 sous Req., 15 février 1897 : D. 97. 1. 520 ; Trib. com. Seine, 3 décembre 1904 et Paris,

verra qu'ici la volonté est évaluée par l'intérêt. Dire « le coupable a sciemment accepté... » c'est dire qu'il a consenti à la violation de la loi assez nettement, jusqu'à en accepter le profit consécutif.

C'est surtout en matière d'effets de complaisance que cette distinction fondée sur les mobiles de l'acte illicite prend un grand intérêt. Après avoir brutalement refusé tout recours au signataire d'un tel effet, la Jurisprudence a évolué. Depuis 1910, elle accepte la répétition de l'indu au profit du tiré qui a réellement entendu s'obliger envers le tireur (7). C'est une heureuse solution, qu'on souhaiterait voir s'élargir encore. Au fond, quel est l'individu dangereux pour les intérêts du commerce ? Ce n'est pas celui qui connaît le défaut de provision, comme on le disait ; ce n'est pas même celui qui a signé l'effet sans avoir l'intention de s'obliger, comme on le dit maintenant, c'est celui qui trafique de sa signature, la vend, l'échange sans vergogne. Sur lui seul, il est juste d'appeler les rigueurs de la loi.

Cette restriction de l'emploi de la maxime au cas de recherche d'un bénéfice s'explique d'ailleurs par le rôle de l'adage. C'est une peine qu'on a raison de n'appliquer qu'à des individus vraiment coupables et dont les intentions sont évidemment blâmables. En outre, puisqu'on cherche surtout à obtenir par cette

28 décembre 1905 : *Pand. franç.* : 1906. 2. 145 ; Tulle, 19 juillet 1924 : *Gaz. Pal.*, 24. 2. 362. Les Tribunaux finissent même par ne plus mentionner que la « connaissance » de l'illicéité : Grenoble, 1^{er} juin 1897 : *Gaz. Pal.*, 97. 2. 567 ; Trib. com. Seine, 25 mars 1924 : D. H. 1925. 502 (sous Paris, 15 mai 1925). Mais l'idée de bénéfice est sous-entendue. L'arrêt de Metz, 29 mars 1859 (S. 59. 2. 540), qui confirme le jugement du Trib. de Rethel (23 avril 1858) précité, ne parle plus que « de la connaissance positive », au lieu de distinguer la connaissance et le bénéfice.

(7) P. Lescot, notes au S. 1928. 1. 363 et au S. 1929. 1. 57.

règle une sanction exemplaire, est-il besoin d'y recourir à l'égard de la fraude non-intéressée ? Celle-ci est assez rare pour qu'on ne songe pas à prendre contre son extension des mesures répressives. Il suffit que les circonstances soient bien caractérisées.

143. L'état d'indignité se limite aux auteurs de l'acte illicite. Il ne s'étend pas à *leurs ayants-cause*. Au premier abord, cependant, cette solution paraîtrait logique : les ayants-cause peuvent-ils avoir plus de droits que leurs auteurs (8) ? Mais on peut objecter que le refus d'action est une fin de non-recevoir personnelle et ne doit pas être appliqué aux individus qui n'ont pas pris part à l'acte illicite (9). Cette raison l'a emporté dans l'esprit des juges et ils l'ont souvent expressément énoncée pour accueillir la demande de l'ayant-cause. Est-ce à dire que celui-ci ne puisse jamais être repoussé ? Il n'en est rien, mais, dans ces cas, c'est en vertu d'une fraude personnelle contenue dans sa demande que le refus d'action lui est étendu. Il faut qu'il agisse lui-même dans un but jugé dangereux ; il ne succède pas de plein droit à la qualité d'indigne.

A cette question se rattache celle de savoir si l'on peut opposer à quelqu'un la turpitude qu'il a commise dans un contrat où l'on n'a pas été partie : l'indignité est-elle un vice *relatif* ou *absolu* ? Pro-

(8) Chambéry, 6 mai 1861 : S. 61. 2. 563.

(9) Toulouse, 21 juillet 1870, sous Req., 2 avril 1872 : S. 73. 1. 217 ; Trib. Seine, 26 juillet 1894 : *Pand. franç.*, 1895. 2. 282 ; Trib. com. Seine, 28 juin 1902, sous Paris, 31 décembre 1903 : S. 1905. 2. 206. Cf. la note de M. PIC au D. 1929. 1. 25 : « Les héritiers agissent en vertu d'un droit propre ».

blème délicat. Autoriser quiconque à se prévaloir de ce vice, c'est provoquer des indiscretions, multiplier pour le débiteur les possibilités de rompre un contrat conclu de bonne foi, introduire le trouble dans les relations sociales. D'autre part, comment refuser à quelqu'un le droit de démontrer la nullité d'un titre qu'on lui oppose ? La Jurisprudence est hésitante. Elle a pris le premier parti en matière de propriété immobilière où d'autres arguments auraient été beaucoup plus probants (10). En matière mobilière, au contraire, elle recourt à la deuxième solution (11) et l'on ne voit pas bien comment expliquer cette contradiction.

Nous croyons qu'il faudrait résoudre la question par rapport aux règles de la preuve. C'est au demandeur à établir sa demande jusqu'au bout. S'il argue d'un contrat nul, son adversaire peut le lui opposer avec raison (12). Quand c'est le demandeur qui veut démontrer le défaut de droit du défendeur, il doit borner ses arguments aux vices du contrat où il a été partie. Il n'avait pas à régler sa conduite sur le passé de son co-contractant et il n'a pas, maintenant, le droit de se réclamer des fautes antérieures de celui-ci (13).

(10) Voir les arrêts cités *supra*, p. 216, note 66. En ce sens : BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL « *Contrat de louage* », t. 1, p. 70.

(11) Admettent cette solution : Trib. Orléans, 31 décembre 1889 : *Gaz. Pal.*, 90. 1. 270 (sol. impl.) ; Trib. Empire allemand, 1^{er} décembre 1891 : D. 93. 2. 12 ; Clermont, 7 décembre 1892, sous Riom, 30 novembre 1893 : S. 94. 2. 75 ; Amiens, 1^{er} avril 1912 : *Gaz. Pal.*, 12. 2. 136 (sol. impl.). Cf. M. TZARANO « *Etude sur la maxime...* », p. 88.

(12) Comment le juge lui dénierait-il ce droit, puisqu'il peut soulever d'office l'exception de nullité ?

(13) Un arrêt d'Amiens, 2 juin 1887 (S. 87. 2. 231) a repoussé un agent de change qui alléguait la violation de l'art. 76 commise par le propriétaire de titres que son préposé avait détournés.

144. L'état d'indignité, dont nous venons d'indiquer les sources et l'extension, consiste essentiellement dans l'impossibilité d'exercer certaines actions. Ce caractère extérieur se retrouve toujours, mais il recouvre des situations juridiques assez dissemblables. Il dissimule parfois, non pas un refus d'action, mais un refus de droit. De là, les aspects différents qu'il présente au point de vue technique.

1° Le droit du demandeur peut être simplement dépouillé de toute sanction, mais continuer d'être reconnu sous une forme affaiblie, celle d'une *obligation naturelle*. Ainsi le créancier d'une dette de jeu possède une créance dépourvue d'action, dont la loi pourtant reconnaît officiellement l'existence.

2° Quand on dénie à son titulaire la possession d'une obligation naturelle, le droit cesse alors d'*exister dans le patrimoine du demandeur. C'est le défendeur qui en est revêtu*. Cette hypothèse, qui est la plus fréquente, n'a pas manqué de soulever quelques objections : le droit est-il donc transmis en vertu d'un contrat illicite ? Ce résultat n'est-il pas condamné par l'art. 1131 (14) ? Il faut répondre : le droit est acquis, non en vertu du contrat, mais par le fait du dessaisissement matériel du propriétaire (15). Le défendeur n'a pas pour titre la propriété du prédecesseur, mais sa possession. Il n'y a pas transmis-

(14) C'est la remarque de M. RAYNAL, note au D. 1904. 2. 449, et de quelques décisions : « Le paiement ne pourrait se rattacher à aucune obligation ni civile ni naturelle et comme tel serait sujet à répétition » : Civile, 30 juillet 1844 : D. 44. 1. 289 ; Trib. civil Seine, 26 juillet 1894, précité.

(15) AUBRY et RAU « Cours de droit civil », n° 442 bis, t. 4, p. 741 ; DUBOIS, note au S. 74. 1. 241.

sion de propriété ; il y a une propriété conférée à un possesseur : c'est une faveur analogue à celle de la prescription (16) ; le droit la regarde toutefois comme moins dangereuse que celle qu'il devrait faire au demandeur en lui rendant la détention qu'il réclame. Le défendeur bénéficie dans ces cas d'un droit véritable, qui remplace, sans le continuer, celui du précédent propriétaire (17).

3° Il est des hypothèses où le refus de droit est plus complet encore et touche les deux plaideurs sans distinction. En n'intervenant pas, le juge se borne, cette fois indirectement, à conférer un *avantage de pur fait* au possesseur actuel. Les contractants sont tous deux regardés comme de simples détenteurs successifs (18). Leurs transactions ne se passent que dans le domaine des faits et ne sont pas susceptibles de conférer des droits (19). Telle est la situation des tenanciers des maisons de tolérance.

Il est superflu d'ajouter que, dans tous ces cas, le refus d'action ou de droit est une mesure artificielle et pénale, qui n'empêche pas le droit d'exister en conscience et moralement. Des applications fréquentes de ce principe ont été reconnues, nous l'avons vu, quand la violation de ces droits « refusés » tombait sous le coup d'une disposition pénale.

(16) L'arrêt d'Amiens, 1^{er} avril 1912, précité, parle avec raison « de la présomption de propriété », qui découle de la possession, en faveur du défendeur. (Ce n'est évidemment pas une prescription au sens technique). *Contra*, RAYNAL, note précitée.

(17) Les inconvénients pratiques de ce système n'apparaissent pas, étant donné qu'ils se feraient surtout sentir en matière immobilière et que là, la maxime ne joue pas.

(18) « des occupants précaires » dit un arrêt de Paris, 16 mars 1926 : *Gaz. Pal.*, 1926. 1. 719, et S. 26. 2. 77.

(19) M. E. MEYNIAL, note au S. 90. 2. 97 : « Pour eux, le droit, c'est le fait ».

145. L'indignité peut, du reste, s'effacer et le coupable *retrouver les droits* dont on le dépouillait.

1° Un premier exemple à citer serait la répétition qui est accordée à la victime d'une appropriation réprimée par la loi pénale. Nous avons vu (*supra*, page 234) que cette restitution lui était parfois concédée pour éviter un plus grand scandale.

2° On cesse encore de tenir compte de l'état d'indignité où se sont mises les parties quand un jugement a prononcé sur leur situation. Il leur confère un droit officiel dont elles peuvent tirer tous les avantages indirects qu'elles veulent. On a admis en conséquence leur recours contre leurs complices (20), tandis qu'avant le jugement on l'aurait refusé (21).

3° Une dernière hypothèse est plus délicate à résoudre. Il faut supposer une fraude fiscale. Le coupable peut-il faire valoir ses « droit refusés » après avoir satisfait au paiement de l'amende et des taxes ? Un ancien arrêt l'a admis implicitement (22). Mais sa décision est-elle conciliable avec la Jurisprudence qui s'est établie à propos de l'art. 51 de la loi du 22 mars 1924 ? Cet article exonère des amendes les parties qui déclareraient dans un délai déterminé les dissimulations dont elles sont coupables. Il a été jugé à la suite de cette disposition que cette amnistie ne s'appliquait

(20) Toulouse, 2 août 1882 : S. 83. 2. 129.

(21) Trib. Montpellier, 28 mai 1881, sous Req., 2 janvier 1883 : D. 84. 1. 35. Il va sans dire que si le jugement condamnait un seul des coupables, il n'y aurait pas de recours pour lui contre l'autre : Colmar, 28 janvier 1869 : S. 69. 2. 208 ; Req., 5 mars 1872 : D. 72. 1. 318.

(22) Cass. Crim., 9 juillet 1857 : D. 57. 1. 379 et S. 58. 1. 249.

qu'aux mesures pénales et ne faisaient pas disparaître la nullité prévue par la loi de 1912 (23).

Nous croyons qu'il est possible d'expliquer ces divergences. Les Tribunaux peuvent autoriser une action qui n'aboutit pas à l'accomplissement de l'acte prohibé. Mais, dans le cas contraire, ils doivent s'abstenir de prêter une aide à la violation de la loi. Une fois l'amende payée, un propriétaire est donc admis à réclamer un objet de contrebande remis en dépôt, mais non pas le règlement d'une vente ou d'une société qui porterait sur des matières de contrebande (24).

§ 2. — *Les personnes atteintes d'indignité.*

146. *Coup d'œil général sur le problème soulevé.* — **147.** *Cas où l'indignité ne s'étend pas à tous les auteurs de l'acte coupable.* — **148.** *Cas où l'indignité s'étend à d'autres personnes que les coupables.*

146. Cet état d'indignité ainsi décrit dans ses principaux caractères, il reste à savoir à quelles personnes, à quelles actions, il est susceptible de s'appliquer. La première de ces deux questions ne semble comporter aucune difficulté. Les personnes indignes, répondra-t-on, sont celles qui se sont rendues coupables de la violation de la loi. Si simple qu'elle soit, cette formule n'est pourtant exacte que très approxi-

(23) Trib. com. Besançon, 30 août 1924 : *Gaz. Pal.*, 24. 2. 713 ; Lyon, 17 juin 1925 : D. H. 1925. 507 ; Req., 26 août 1926 : *Gaz. Pal.*, 26. 2. 203 ; Req., 24 octobre 1928 : *Gaz. Pal.*, 28. 2. 747 et *Gaz. Trib.*, 1929, 1^{er} sem. 1. 10 ; Civile, 25 juillet 1928 : *Gaz. Trib.*, 29., 1^{er} sem. 1. 11 ; *Contra* : Trib. com. Seine, 30 décembre 1927 : *Gaz. Pal.*, 28. 2. 398.

(24) TOULLIER « *Droit civil français* », t. 6, p. 126, paraît penser que, d'une façon générale, après paiement de l'amende, l'engagement est « valable ».

mativement. Il y a entre la culpabilité et l' « indignité » des différences telles qu'elles n'autorisent pas ce rapprochement immédiat.

L'indignité consiste en un refus d'actions qu'il serait naturel d'accorder. C'est pratiquement une peine qui se surajoute à la nullité pour la protéger. Comme cette peine est rigoureuse, rien n'indique *a priori* qu'il faille en faire la suite de toutes les nullités pour cause illicite ou immorale. Nous avons vu déjà qu'elle ne s'appliquait guère au cas de fraude non intéressée. Ne peut-il y avoir des circonstances concrètes, de portée plus restreinte, dont il soit bon aussi de tenir compte ? Toutes les violations dolosives de la loi sont-elles assez caractérisées pour entraîner un refus d'action ? Nous ne le croyons pas (25).

D'autre part, l'indignité possède un but très pratique : éloigner les demandes qui font fraude à la nullité. Ces demandes n'émanent pas nécessairement des coupables — elles peuvent provenir de leurs ayants-cause, mais elles n'en sont guère moins dangereuses parfois. N'est-il pas urgent de protéger de ce côté encore la nullité et d'étendre le refus d'action aux personnes qui n'ont pas participé à l'acte coupable, mais qui veulent en tirer profit (26) ? De là deux séries d'exceptions où l'indignité ne suit pas la culpabilité.

(25) Le manque de souplesse que revêt habituellement la théorie de l'adage a contribué à faire négliger ce point de vue. Le demandeur peut avoir une responsabilité atténuée ; la maxime est alors trop sévère à son égard. Si l'on voit dans notre règle une conséquence utile, mais non nécessaire, de la nullité, on a la possibilité d'éviter ces conséquences choquantes.

(26) La partie adverse non-coupable, quand elle oppose la nullité, profite de cette circonstance, mais elle en profite au détriment du coupable ou de ses ayants-cause : sa situation n'est pas la même.

147. 1° Le premier groupe comprend d'abord des cas où *les circonstances excusent* le coupable d'avoir recouru à des procédés illicites et où, en conséquence, on juge préférable de ne pas appliquer toutes les rigueurs de la Justice.

Il n'est pas question des hypothèses d'intimidation proprement dites. La volonté étant alors absente, il n'y a ni consentement, ni faute, ni turpitude (27). Pourrait-on même citer comme exemple le cas d'usure ? Un Tribunal a déclaré avec raison à ce propos que « le concours du débiteur à l'acte, ... la signification à lui faite sans opposition de sa part et même le paiement par lui fait des intérêts... ne peuvent être considérés... comme établissant une fin de non-recevoir contre l'action en nullité » (28). Le consentement du débiteur, quoique réellement donné, est présumé vicié par une « violence » (29) et n'engage pas sa responsabilité.

Cette présomption de violence est beaucoup moins vraisemblable dans les cas de pourboire illicite. Comment admettre que celui qui a accepté de le verser n'a pas été libre de l'offrir ? Ne pouvait-il renoncer à obtenir la faveur sollicitée ? La vérité, c'est qu'il a voulu, mais que la pression des circonstances le rend excusable. On ne lui refuse donc aucune action en répétition (30).

(27) Trib. paix de Saint-Amand-Montrond, 1^{er} août 1925 : D. H. 1925. 664.

(28) Civile, 2 mai 1853 : D. 53. 1. 144. Cf. aussi G. CLARETIE « *L'usure en matière civile et pénale* », Paris, Thèse, 1901, p. 105.

(29) Civile, 2 mai 1853, précité.

(30) Cette solution n'est pas douteuse. Cf. P. VOIRIN « *Etude juridique du pourboire* », *Rev. Trim. de droit civil*, 1929, p. 318. Mais doit-on l'expliquer par le vice du consentement ? l'admission d'une excuse en

Nous supposons ici que le débiteur n'a pas eu l'intention accusée de corrompre l'intégrité de son adversaire. Mais si les faits étaient extraordinaires, on irait jusqu'à excuser cette intention. Pendant une période d'insurrections et de troubles, au Pérou, un navire de la Compagnie des Chargeurs de Bordeaux avait été saisi par des rebelles. Le gouvernement péruvien étant en carence, les armateurs estimèrent que le moyen le plus rapide d'amener à bonne fin les négociations entamées pour le relâchement du navire était de verser quelque somme aux fonctionnaires de la Marine. Ils obtinrent devant la Cour de Cassation une action en remboursement contre les assureurs. On jugea les faits « extraordinaires » et que la moralité des agissements des demandeurs devait s'apprécier en conséquence (31).

Puisqu'il y a indulgence de la part des juges à ne pas débouter un coupable qui a contracté sous la pression de circonstances non nécessitantes, on s'explique que tout désir violent de l'individu ne supprime pas également sa responsabilité. Il a été jugé que ni l'inexpérience ni la cupidité ne pouvaient excuser la passion du jeu (32). Le souci de sauver l'honneur de son nom,

raison de la pression des circonstances ? ou les règles d'application de la maxime (voir *supra*, p. 217) ? Nous croyons que selon les cas, le consentement du *tradens* est plus ou moins libre, donc plus ou moins coupable et impose tour à tour l'une de ces trois solutions.

(31) Cass. Requête, 2 août 1827 : D. 27. 1. 439. Ce contrat était nul, pensons-nous. On n'aurait pu contraindre à son exécution. — Les juges se montrent parfois moins indulgents : un mari avait appelé au chevet de sa femme un charlatan en qui il avait toute confiance. Celui-ci fit tant et si bien que la malade mourut. Le mari acquitta cependant sa dette, puis, regrettant son geste, demanda la répétition. Il fut débouté, bien qu'on reconnût qu'il avait été « entraîné par l'unique désir de sauver sa femme » (Trib. Orange, 8 mai 1883 : *Gaz. Pal.*, 84. 1. 383). Cette décision est fâcheuse. Si un sentiment pouvait excuser l'acte du « coupable », c'était celui-là.

(32) Limoges, 12 décembre 1868 : D. 69. 2. 14.

en évitant une poursuite judiciaire, ne serait pas davantage pris en considération (33). Il faut que le résultat visé par l'auteur de l'acte illicite ait un motif avouable et licite (34).

2° Si la violation de la loi ne trouve point d'excuses dans les circonstances extérieures, elle peut mériter cependant encore quelque indulgence, du fait qu'elle est *faiblement caractérisée*. Plus la participation que le coupable a apportée à l'infraction est lointaine, moins il y a lieu d'appliquer des sanctions trop sévères. C'est ainsi qu'il faut traiter le bailleur, les fournisseurs, les employés mêlés à des opérations illicites. Ils ne sont point inconscients et savent à quelle fin on va utiliser leur activité. Mais la coopération qu'ils prêtent aux co-auteurs de l'acte illicite est vraiment impersonnelle. Ils sont bien loin d'être avec eux dans une communauté d'efforts et d'inspiration, comme l'associé, le mandataire, le prêteur. Souvent, ils ont été amenés dans ces tractations par le pur hasard des affaires et les besoins du commerce. Il importe de ne pas les traiter avec trop de rigueur.

Beaucoup d'auteurs et d'arrêts l'ont pensé et ils ont pris le parti d'admettre la validité de ces conven-

(33) Trib. Lisieux, 5 juin 1901 : *Gaz. Pal.*, 1901, 2. 599.

(34) On aura quelque peine à déterminer pratiquement l'application de ce principe. Le failli qui consent un traité particulier ne devrait pas bénéficier de cette indulgence, car il a voulu se soustraire à un sort qu'il avait mérité (*contra* : Paris, 27 décembre 1854 : S. 55. 2. 15 ; POLLOCK « *Principles of Contract* », p. 504). — Le fait que la Compagnie des Agents de change, voulant éviter la faillite d'un de ses membres, lui a prêté les sommes nécessaires au paiement de ses créanciers n'a pas été jugé purifier son recours du vice de jeu (Req., 30 mai 1838 : D. 38. 1. 227).

tions (35). Nous ne songeons pas à nier l'avantage de cette solution, mais elle nous semble trop radicale, à titre de principe général.

D'abord, si l'on admet l'existence de ces contrats, il semble que le co-contractant en faute pourra lui aussi contraindre son adversaire à l'exécution. Solution critiquable (36), devant laquelle on reculera en donnant à la nullité un caractère unilatéral (37). Mais alors un deuxième inconvénient subsiste : le consentement du complice peut être assez exprès pour qu'il paraisse étranger d'en reconnaître la pleine validité. Le coupable sera-t-il donc obligé d'exécuter son acte illicite, par exemple de recevoir des fournitures que voudra lui écouler le marchand, à moitié conscient de la fraude ?

A notre avis, il est préférable d'admettre la nullité d'un tel engagement. Ce qui sera unilatéral, ce sera

(35) En général, pour le bail, les décisions notent que le bû du bailleur était bien illicite ou recourent à la distinction de la cause et du motif : Lyon, 11 juillet 1862 : S. 63. 2. 165 ; Trib. Seine, 10 février 1882 : *Gaz. Pal.*, 81-82. 1. 366 ; Trib. Limoges, 6 juin 1888 : *Gaz. Pal.*, 88. 2. 268 ; Alger, 15 novembre 1893 : D. 94. 2. 528 ; Paris, 29 décembre 1899 : *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 132 ; Pau, 28 juin 1906 : S. 1907. 2. 61 ; Trib. Tunis, 23 octobre 1907 : *Gaz. Pal.*, 1907. 2. 605 ; Paris, 22 mars 1923 : D. 23. 2. 118 ; Angers, 13 mai 1929 : *Gaz. Pal.*, 29. 2. 187. — Pour les fournisseurs, ils semblent aussi exiger de leur part une intention coupable : Trib. com. Seine, 1^{er} mai 1888 : *Gaz. Pal.*, 88. 1. 797 ; Trib. com. Marseille, 7 novembre 1913 : *Gaz. Pal.*, 1914. 1. 266 ; à défaut de laquelle, ils reconnaissent la validité du contrat : Trib. com. Seine, 22 juin 1888 : *Gaz. Pal.*, 88. 2. 294 ; Bordeaux, 6 février 1885 : S. 86. 2. 16 ; Trib. com. Saint-Etienne, 20 avril 1899 : *Gaz. Pal.*, 99. 1. 604 ; Rouen, 24 juin 1901 : *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 477 ; Juge de paix Boulogne (Nord), 31 janvier 1913 : *Gaz. Trib.* 1913, 1^{er} sem., 2. 189 ; Trib. Seine, 16 juin 1928 : D. 28. 2. 187 (« sans rechercher si P. connaissait d'une façon pertinente que les travaux... avaient trait à l'aménagement d'une maison de tolérance »). *Contra* : Trib. com. Saint-Etienne, 9 février 1929 : *Gaz. Trib.*, 1929, 2^e sem., 2. 262. — On s'est montré plus rigoureux pour les employés : Req., 1^{er} novembre 1890 : S. 91. 1. 319. — Cf. pour le bail : BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL « *Contrat de louage* », t. 1, p. 67 ; pour le louage de services : CORNIL « *Du louage de services* », Paris, 1895, p. 39. — Au contraire, on présume d'après les circonstances la responsabilité de l'associé (Req., 3 février 1879 : D. 1879. 1. 309), du mandataire (Civile, 16 juin 1885 : D. 86. 1. 153), du prêteur (Nancy, 12 novembre 1904 : *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 12).

(36) GUILLOUARD « *Traité... du louage* », Paris, 1884, p. 80.

(37) En ce sens : G. RUPERT, *ouvr. cité*, p. 183.

la répétition de la contre-prestation, ou, comme celle-ci présentera souvent des difficultés pratiques, ce sera la répétition de l'enrichissement indu, sous forme du prix de la contre-prestation. — Deux solutions seront ainsi possibles pour régler ces contrats : ou bien le bailleur, les fournisseurs et employés ne paraîtront pas avoir eu d'intentions malhonnêtes caractérisées ou un rôle trop personnel dans les opérations (38) ; le contrat sera nul (39), mais ils demeureront dignes de tirer de la nullité toutes les conséquences de droit à leur avantage (40) ; ou bien ils auront apporté à l'illicéité un concours trop direct (41), ils en auront délibéré avec l'auteur principal, et alors ils tomberont sous le coup de la maxime *Nemo auditur*.

148. Voyons maintenant, à l'opposé, les hypothèses où l'on étend la maxime à des individus qui n'ont pas participé à l'acte interdit, mais qui entendent introduire frauduleusement une demande relative à la liquidation d'opérations illicites. C'est le cas des *héritiers et des ayants-cause à titre particulier*. On a refusé aux premiers le remboursement d'un prêt consenti en vue de l'entretien d'une maison de tolérance (42), aux

(38) Comme le domestique d'une maison de tolérance (*Contra* : Req., 1^{er} novembre 1890, précité). Rappelons que le garçon de salle d'un cercle de jeu n'est pas présumé avoir un intérêt au jeu : Paris, 2 mai 1882 : D. 84. 2. 95.

(39) La nullité sera bilatérale. Par conséquent, le coupable, qui ne pourrait s'opposer à la demande en répétition, pourra le faire à la demande en exécution. Voir *infra*, p. 273.

(40) En ce sens : Alger, 20 juin 1906 : *Recueil des Sommaires de Sirey*, 1908, p. 754.

(41) Comme le croupier d'un établissement de jeu : Rouen, 17 mai 1905 : *Gaz. Pal.*, 1905. 2. 385 ; le professeur de billard engagé pour faire la réclame : Trib. com. Seine, 21 juin 1899 : *Gaz. Trib.*, 1899, 2^e sem., 2. 192.

(42) Req., 1^{er} avril 1895 : D. 95. 1. 263.

deuxièmes (43), la restitution du prix qu'ils avaient versé pour la cession d'une créance illicite (44).

On est beaucoup plus large vis-à-vis des *créanciers* dont la situation est digne de pitié. Liés à la mauvaise fortune de leur débiteur, ils sont excusables de chercher à faire rentrer dans son patrimoine tout ce qui est susceptible d'une certaine valeur. Leur demande n'implique de leur part aucune intention immorale. Aussi, leur procès est-il accueilli, au moins, quand ils agissent en vertu de l'art. 1167 (45) ou qu'ils sont représentés, par le syndic (46). Il n'y aurait qu'une exception admise par plusieurs auteurs : lorsque le débiteur est également en faillite, il ne serait pas légitime d'enlever au syndic qui le remplace la possibilité d'alléguer la règle *Nemo auditur* ; il aurait pu le faire à l'action intentée par le créancier, il n'y a pas de raison qu'il soit défavorisé parce que celui-ci est tombé en faillite (47). Peut-être, les partisans de cette opinion ne tiennent-ils pas un compte suffisant du rôle de la maxime ? Celle-ci n'a pas pour but de

(43) Lure, 18 juillet 1894, infirmé par Besançon, 6 mars 1895 : D. 95. 2. 224 ; Trib. de Montpellier, 22 juillet 1926 : *Gaz. Pal.*, 26. 2. 623.

(44) L'argument de M. Lescor (note au S. 29. 1. 57) peut bien s'appliquer à l'action du tiers porteur contre le tiré, mais non pas au recours exercé contre le tireur. Le tiers porteur n'est pas admis à faire valoir contre son auteur la nullité de la créance cédée.

(45) On a bien un exemple où un créancier agissant en vertu de l'art. 1166 a reçu gain de cause : Toulouse, 3 décembre 1889 (note PLANIOL) : D. 90. 2. 185, mais l'arrêt se fonde sur d'autres motifs.

(46) On peut citer, sans que les arrêts aient statué toujours expressément pour ce motif : Trib. Seine, 12 juin 1895 : *Gaz. Pal.* 95. 2. 40 ; Trib. com. Seine, 13 déc. 1897 : *Gaz. Trib.* 98, 1^{er} sem., 2. 298, et les arrêts cités p. 259, note 9. Le jugement du Tribunal de la Seine, 26 juillet 1894 (note 9, p. 259) fait remarquer qu'il y a analogie entre ces circonstances et celles de l'art. 1967, où les créanciers du *fraudator* ne sont pas repoussés. Un jugement du Trib. du Havre 11 mars 1896 (D. 98. 2. 521) admet une solution intermédiaire : la répétition de l'enrichissement sans cause au profit de la masse.

(47) En ce sens : P. PIC, note au D. 98. 2. 521 ; J. HÉMARD « *Des effets de complaisance* », p. 94 ; NAQUET, note au S. 13. 1. 297 ; LYON-CAEN et RENAULT « *Traité... de droit commercial* », t. 4, p. 453.

garantir les intérêts pécuniaires du défendeur, de le soustraire aux obligations qu'il a contractées. Ce n'est qu'un résultat indirect, auquel elle ne confère aucun droit acquis. Le débiteur et ses créanciers en profitent en face d'un demandeur coupable, mais rien ne dit qu'il faille leur assurer toujours ce bénéfice, quand ce dernier est hors de cause et représenté par des non-indignes.

§ 3. — *Les actions refusées.*

149. *Moment où l'on commence à appliquer le refus d'action. —*
150. *Refus des actions dont la nullité du contrat est l'occasion. —*
151. *Refus des actions qui procurent l'équivalent de la répétition. —*
152. *Refus des actions nées d'actes consécutifs à l'acte illicite. —*
153. *Importance des préoccupations d'ordre moral dans l'extension donnée au refus d'action.*

149. Tout acte produit une suite d'effets ; l'impossibilité d'agir qui résulte de la maxime ne peut se développer aussi indéfiniment et suivre toutes les conséquences de l'acte illicite. Il faut la restreindre à certaines limites et à certains droits : après avoir vu quelles sont les personnes auxquelles s'étend l'état d'indignité, considérons les *actions* qu'il comprend.

Une première observation à faire, c'est que l'incapacité d'agir ne découle pas *ipso facto* du consentement donné à l'infraction. Elle ne commence qu'une fois l'opération *exécutée matériellement et sans retour*. Il y a, même après l'émission de la volonté coupable, tout un groupe d'actions qui ne sont pas encore refusées. Ç'aurait été une violation formelle de l'art 1131 que de faire achever par les soins des Tribunaux l'accomplissement de l'illicéité, sous prétexte que le

défendeur en avait formellement accepté le projet. Tant que l'infraction n'est pas complètement exécutée, la loi garde un intérêt indiscutable à s'opposer à son achèvement (48).

Il s'ensuit d'abord qu'en règle générale le coupable peut se refuser à l'*exécution d'un acte illicite* quand la partie non complice la demande. Cette solution s'impose pour les contrats foncièrement immoraux et illicites. Même pour les autres, ce serait un spectacle choquant que de les voir réalisés par l'emploi de la force publique dans le seul intérêt privé du co-contractant, plus ou moins innocent (49).

Il s'ensuit encore que la *promesse de payer et la reconnaissance de dette*, supposant des opérations ultérieures de règlement, *ne suppriment aucune action*. On permet par exemple au débiteur d'alléguer sa turpitude pour éviter le paiement de billets qu'il a signés à son créancier (50), ou pour faire arrêter une

(48) Quelques auteurs ont pourtant vu un illogisme dans l'admission de ces actions : E. MEYNIAL, note au S. 1890. 2. 97 ; DEMONT « *Des effets de complaisance* », p. 136 ; ROCHE « *Des effets de complaisance* », p. 70. Dans le sens du texte : BUCHÈRE « *Traité des opérations de Bourse* », p. 487 ; A. WAGNER « *La nullité de la cause illicite* », p. 85 et s., qui y voit « une nécessité pratique ».

(49) Dans ce sens, R. SAVATIER, *ouvr. cité*, p. 363 (qui fait remarquer que les créances résultant des situations de fait ne sont pas exclues pour cela). *Contra* : G. RIPERT, *ouvr. cité*, p. 183 ; POLLOCK, *ouvr. cité*, p. 485. On pourrait peut-être faire exception à ce que nous disons au texte, en matière d'opérations en coulisse, où l'illicéité est peu grave. (A. WAHL « *Précis de droit commercial* », p. 585). — Il faut remarquer en outre qu'il reste à régler : 1^o la question de preuve : celle-ci incombe au défendeur qui excipe de la nullité ; 2^o la question de dommages et intérêts au profit de la partie non-coupable : on a commis envers elle une faute. Cf. H. MAZEAUD « *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle* ». *Rev. Trimestr. Droit civil* 1929, p. 591. Cf. Trib. com. Seine, 14 déc. 1897 : *Gaz. Trib.* 98, 1^{er} s. 2. 298.

(50) En ce sens : Bordeaux, 27 janvier 1816 : S. 16. 2. 59 ; Colmar, 19 février 1828 : D. 28. 2. 67 ; Bordeaux, 20 février 1839, S. 39. 2. 462 ; Limoges, 28 février 1839 : S. 39. 2. 375 ; Besançon, 13 février 1865 : D. 65. 2. 29 ; même cour, 19 mars 1862 : D. 62. 2. 59 ; Caen, 2 juillet 1872 : S. 73. 2. 145 ; Bonneville, 6 décembre 1881 : *Gaz. Pal.* 81-82. 1. 490 ; Aix, 25 juin 1883 : D. 83. 2. 238 ; Req. 4 janvier 1897 : S. 98. 1. 309 ;

saisie commencée (51). On l'autorise à répéter ces billets pour éviter toute poursuite à venir (52). Bien plus, si le paiement effectif ne paraît pas avoir été exécuté en pleine liberté, il est susceptible de répétition (53). Le créancier ne doit pas profiter des circonstances pour contraindre son débiteur. Quand il met la traite en circulation pour obtenir son paiement, il engage sa responsabilité (54) et sa faute confère à son co-contractant le droit de se faire restituer les versements qu'il aurait été obligé de faire aux porteurs de bonne foi (55).

En matière de jeu et d'opérations par coulissiers, la nécessité d'un paiement volontaire s'affirme encore davantage, car, en même temps que l'accomplissement final de l'acte illicite, il marque la reconnaissance d'une obligation naturelle (56). On exige donc

Dijon, 22 mars 1900 : D. 1901. 2. 45 ; Req., 5 août 1903 : *Gaz. Pal.* 1903. 2. 443 ; Trib. com. Seine, 2 janvier 1907 : *Gaz. Pal.* 1907. 1. 342 ; Trib. com. St-Etienne, 8 nov. 1906 : *Gaz. Trib.* 1907. 1^{er} sem., 2. 254 ; Req. 17 juillet 1905 : S. 1909. 1. 188 ; Trib. com. Macon, 28 février 1913 : *Gaz. Trib.*, 13, 1^{er} sem., 2. 390.

(51) Trib. Seine, 11 février 1885 : *Gaz. Pal.* 85. 2. sup. 41.

(52) Rouen, 14 juillet 1854 : S. 55. 2. 170 ; Lyon, 11 mars 1856 : S. 57. 2. 525 ; Agen, 30 décembre 1885 : *Gaz. Pal.* 86. 2. 255 ; Trib. Seine, 18 mars 1891 : *Gaz. Pal.* 91. 2. 525 ; Trib. Seine, 9 nov. 1893 : *Gaz. Pal.* 94. 1. 237 ; même tribunal, 16 juin 1898 : « *Le Droit* », 25 septembre 1898 ; même tribunal, 31 juillet 1902 : *Gaz. Trib.* 1903. 2^e sem., 2. 499 ; Trib. com. Seine, 29 mai 1928 : *Gaz. Pal.* 1928. 2. 658. — *Contra* : DUBOIS, note au S. 74. 1. 241.

(53) En droit civil suisse, le paiement ne présente pas le même caractère. Même erroné, il est valable : V. ROSSER *« Manuel de droit civil suisse »*, Lausanne 1911, t. 3, p. 568.

(54) Req. 28 octobre 1913 : *Gaz. Pal.* 13. 2. 486.

(55) Req. 2 février 1853 : D. 53. 1. 57 ; Civile, 12 avril 1854 : D. 54. 1. 181 ; Civile, 4 déc. 1854 : D. 54. 1. 415 ; Paris, 27 novembre 1858 : S. 59. 2. 88 ; Req. 28 octobre 1913 précité ; *Contra* : Civile, 15 décembre 1873 : D. 74. 1. 222 ; Trib. Seine, 26 juillet 1904 : *Gaz. Pal.* 1904. 2. 355, ainsi que DUBOIS, note précitée, FRÉREJOUAN DU SAINT « *jeu et pari* », p. 59. — M. DRAMARD « *Traité des billets de complaisance* », p. 69, admet au contraire la répétition.

(56) Cela est évident pour le jeu. Pour les opérations par coulissiers, cela peut se déduire de quelques décisions : Req. 20 déc. 1905 : D. 1907. 1. 285 ; Orléans, 5 novembre 1911 : *Gaz. Pal.* 11. 1. 74. Cf. T. CRÉPON « *De la négociation des effets publics* », p. 67.

qu'il soit exécuté en pleine connaissance de cause. Et c'est ce qui rend le paiement anticipé si suspect, sauf quand il provient d'un spéculateur de profession, habitué à calculer ses chances (57).

Toutes ces précisions sur le moment où commence le refus d'action ne manqueront pas de surprendre. Ce qui constitue la culpabilité, l'indignité, n'est-ce pas l'intention et le consentement donné? Ne semble-t-il pas que le paiement n'est qu'un acte secondaire et que la théorie qui fait de lui l'événement principal de l'opération illicite est artificielle? Cette difficulté s'aplanit, si l'on se souvient que le paiement présente un caractère irrémissible que n'ont pas les autres circonstances de l'acte. Les Tribunaux ont voulu laisser au coupable, jusqu'au bout, le moyen de revenir sur sa faute. Or ce n'est pas après l'émission du consentement, mais après l'achèvement de l'infraction que tout espoir est perdu de le voir venir à résipiscence. C'est donc à ce moment — au moment où il a renoncé aux derniers droits qui lui restaient pour l'anéantissement de son acte, c'est-à-dire après le paiement (58) — que le coupable peut être vraiment réputé indigne.

(57) Citons, comme repoussant le paiement anticipé : Bordeaux, 16 juin 1857 : D. 58. 2. 31 ; *contra* : Trib. Chambéry, 16 octobre 1891, *Gaz. Pal.* 91. 2. 720 ; Toulouse, 29 août 1857, sous Civile, 1^{er} août 1859 : D. 59. 1. 290 ; Paris, 15 mars 1911 : *Gaz. Pal.* 11. 2. 134. M. FRÉREJOUAN DU SAINT, *ouvr. cité*, p. 89. estime que le mandat de payer lui-même est nul, si l'on ne connaît pas exactement l'importance de sa dette.

(58) Faut-il toujours, un paiement en espèces, comme le dit une décision (Agen, 5 décembre 1904, sous Req. 20 déc. 1905 précité)? Non ; la remise d'un titre nominatif avec autorisation de vendre emporte paiement : Avignon, 17 déc. 1912 : *Gaz. Pal.* 13. 1. 322 ; l'endossement, aussi : Trib. Versailles, 14 juin 1899 : *Gaz. Trib.* 1899, 2^e sem., 2. 248 ; mais il ne faut pas que ce dessaisissement soit l'effet de processus juridiques : la compensation n'opère pas (Trib. Poitiers 23 janvier 1860 : D. 60. 3. 40), ni la tradition de l'art. 1138 (Nîmes, 6 juillet 1900 : S. 1905. 2. 130). En matière de sociétés, la société est réputée commencer quand elle exécute une opération

A cet instant, la situation change. La loi ne peut plus rien pour le créancier : elle se retourne contre le débiteur, sur lequel elle conserve encore quelque pouvoir, puisqu'elle a le moyen de l'empêcher de profiter de la répétition à son gré (59).

150. Il perd toutes les actions nées directement de son contrat. Il n'est pas utile d'insister sur ce point hors de notre sujet, mais, au contraire, on doit préciser jusqu'où s'étend la suppression des actions qui sont la suite indirecte de l'infraction.

D'ordinaire, le règlement de comptes, la liquidation (60) sont jugés inutiles et déniés, comme l'action du contrat, puisqu'ils auraient pour seul résultat d'établir une créance insusceptible de paiement.

Pour ce motif, le coupable n'est pas admis non plus à faire la preuve d'un acte illicite : elle lui serait inutile, car il n'en pourrait tirer aucune conséquence (61). Justifiée dans cette limite, cette fin de non-recevoir ne doit pas être généralisée imprudemment. Certaines décisions se sont avancées jusqu'à supprimer la preuve d'actes illicites, comme immorale en

(59) Ce changement étonne les auteurs qui le jugent incohérent. BRISSAUD « *De la notion de cause...* », p. 174 ; PIZE « *Essai d'une théorie générale...* », p. 207 ; A. WAGNER, ouvr. cité, p. 57 ; PIÉDELIEVRE « *Des effets produits par les actes nuls* », p. 267 ; GUTHAUBET « *Essai sur la maxime...* », p. 102.

(60) Toulouse, 29 août 1857 précité ; Dijon, 15 mars 1894 : D. 94. 2. 471 ; Paris, 1^{er} avril 1895 : Gaz. Pal. 95. 2. 158 ; Req. 16 janvier 1905. S. 1905. 1. 391 ; Paris, 22 juillet 1905 : D. 1906. 5. 36 ; Req. 19 juillet 1910. S. 11. 1. 566. *Contra* : Limoges, 12 décembre 1868 : D. 69. 2. 14. Trib. corr. Seine, 23 avril 1904. Gaz. Pal. 1904. 2. 199.

(61) Paris, 1^{er} août 1903 : D. 1904. 2. 345. Notons que le coupable ne pourrait profiter des facilités de preuves offertes par l'art. 1353 en cas de fraude : Crim. 23 nov. 1923 : Gaz. Pal. 24. 1. 207 et les observ. de R. DEMOGUE « *Rev. Trimestr. Droit Civil* », 1924. p. 118.

elle-même (62). Formule exagérée. S'il faut admettre la répétition en bien des cas, à cause de l'intérêt de l'ordre public, il faut, par une conséquence nécessaire, tolérer la preuve des faits prohibés. Celle-ci ne peut être écartée que dans la mesure où la répétition l'est elle-même (63).

Quid de l'action en nullité ? La prononciation de la nullité présente un intérêt indépendant de celui de la répétition, un intérêt de principe (64). Elle n'est donc pas refusée (65), et les Tribunaux insistent sur l'opposition qu'elle présente avec la résiliation (66) et la résolution (67).

151. L'impossibilité d'agir s'étend en second lieu à un groupe d'actions moins directement rattachées à l'acte illicite, à celles qui procurent *l'équivalent de la répétition*. — Telle est d'abord l'action en *dommages-intérêts*. Le demandeur ne peut se plaindre de sa dépossession, puisque ce sont ses qualités morales, à lui demandeur, qui la provoquent (68).

(62) C'est le défaut que l'on pourrait reprocher à la formule du Trib. de Limoges, 27 février 1844, sous Limoges, 16 avril 1845 : D. 46. 2. 191 (« il ne saurait être admis à prouver qu'il a menti ») ; et même à celle du Trib. de la Seine, 6 juin 1917 : *Gaz. Trib.* 18. 2. 348. Elle conduit fatalement à repousser dans tous les cas la preuve de l'illicéité : voir ce que dit la Ch. civile d'un arrêt cassé par elle : Civile, 27 mars 1888 : S. 88. 1. 366 ; voir aussi l'arrêt récent de Paris, 8 avril 1924, cassé par Civile, 11 avril 1927 : D. 29. 1. 25.

(63) Cf. en ce sens notamment : Civile, 27 mars 1888 précité ; Grenoble, 26 juin 1901 : D. 1903. 1. 575 (sous Req. 27 octobre 1903), Req. 9 déc. 1913 : S. 14. 1. 359 ; Civile, 11 avril 1927 précité.

(64) Cf. G. RIPERT, *ouvr. cité*, p. 183 ; H. DESBOIS « *La notion de fraude à la loi* », p. 66.

(65) Voir par exemple comme accordant la nullité, sans autre action : Bourges, 13 juin 1889 : D. 89. 5. 329 ; Riom, 17 août 1863, sous Req. 10 janvier 1865 : S. 65. 1. 110 ; Paris, 5 février 1889 : *Gaz. Pal.* 89. 1. 620 ; Trib. com. Seine, 10 nov. 1897 : *Gaz. Pal.* 98. 1. 274 ; Paris, 5 juin 1891 : S. 1902. 2. 275 ; Douai, 11 nov. 1907 : S. 1907. 2. 308.

(66) Trib. Lyon, 5 janvier 1884 : S. 84. 2. 89 ; Bourges, 13 juin 1889 précité.

(67) Trib. Lyon, 5 janvier 1884 : S. 84. 2. 89.

(68) Paris, 9 avril 1908 : D. 1908. 2. 165 ; Trib. corr. Seine 11 avril 1907 : D. 1908. 2. 153.

Telles sont encore les demandes soulevées à propos de toute *autre nullité* du contrat critiqué. On part de ce principe que la nullité la plus énergique, c'est-à-dire celle qui a pour but les intérêts les plus immédiats de l'Etat, couvre les autres. Ainsi la nullité relative aux remèdes secrets couvre la nullité encourue par le fait d'association entre médecins et non-diplômés (69), et l'on discute pour savoir si la nullité résultant du jeu couvre celle qui est encourue pour la négociation de titres d'une Compagnie concessionnaire encore non autorisée (70). Si la Jurisprudence était plus abondante, elle fournirait ici une classification des nullités (71). Quoiqu'il en soit, cet ordre qu'on oblige les plaideurs en faute à observer confirme bien la pensée de la maxime : il ne convient pas de laisser l'emploi des sanctions à l'arbitraire des coupables.

L'*action de in rem verso* est également refusée, comme aboutissant à affaiblir la peine dont on veut se servir. Nous avons vu cependant qu'elle tend de plus en plus à être acceptée dans la mesure où elle ne porte pas un tort essentiel à la répression.

La *répétition de l'indu* proprement dite a été admise, au contraire, sans difficulté : elle soulève une question de bonne foi, à laquelle le défendeur ne peut se dérober (72).

(69) Trib. com. Seine, 10 novembre 1897 précité ; Angers, 13 mai 1929 précité (sol. impl.).

(70) Civile, 19 juin 1855 : D. 55. 1. 292. *Contra* : Civile, 21 février 1853 : D. 53. 1. 58 ; Civile, 17 juillet 1854 : D. 54. 1. 304 ; Paris, 14 mars 1849 : D. 50. 2. 179.

(71) M. JARROT « *Des nullités* », p. 306, a déjà démontré que la notion d'ordre public est « purement comparative ».

(72) Req. 20 juin 1888 : D. 89. 1. 368. Il ne s'agit pas de la répétition de l'indu qu'on regarde comme consécutive à un acte illicite.

152. Enfin, il convient de signaler que les Tribunaux inclinent à étendre le refus d'action aux demandes élevées à propos d'*actes consécutifs à l'infraction*. La tenancière d'une maison de tolérance ne peut réclamer le paiement des consommations faites dans son tripot, car ces dépenses sont une suite nécessaire et habituelle de l'inconduite qu'elle favorise (73).

Hypothèse beaucoup plus hardie : l'individu qui a conclu une opération en contravention à l'art. 76 est sans action pour recourir contre son co-contractant qui, malgré l'ordre de procéder régulièrement, a effectué une seconde opération en coulisse pour le règlement de la première (74). Pourtant ici le but du demandeur n'est-il pas pleinement licite ? On a considéré que la deuxième opération avait sa cause dans la première et ne pouvait être traitée différemment.

La Jurisprudence est ainsi entraînée peu à peu dans le redoutable problème de *la causalité*. L'acte incriminé provoque une suite de conséquences : ne faut-il pas leur appliquer la maxime ? Mais, dans ce cas, quelle limitation poser à cet enchaînement de causes et d'effets, qu'on ne peut trop étendre, sous peine de troubler les relations sociales ?

Les décisions sont trop peu abondantes pour qu'on puisse risquer quelque affirmation à ce sujet. Soulignons simplement que la maxime *Nemo auditur*, supprimant pour quelqu'un son devoir moral, aboutit vite à des résultats fâcheux. Ils le deviennent d'autant plus que l'acte répréhensible est plus lointain. Le

(73) Trib. Poitiers, 23 janvier 1860 précité.

(74) Trib. com. Seine, 11 janvier 1916 : *Gaz. Trib.* 16. 2. 191 et *Gaz. Pal.* 16-17, 18.

souvenir de la conduite du défendeur s'efface alors ; c'est le cynisme du demandeur qui retient l'attention, sa volonté de profiter des moindres circonstances pour éluder ses obligations. En présence d'une telle mauvaise foi, il est de moins en moins indiqué de recourir au refus d'action. C'est dire que le problème de la causalité sera dominé ici par des *considérations morales*.

153. Déjà, il est évident que, pour augmenter ou restreindre le nombre des actions refusées, les Tribunaux se guident sur des préoccupations de cet ordre, à savoir *la part de culpabilité des co-auteurs* (75). Ils distinguent dans le concours qu'apportent les co-contractants à l'acte, la « part égale » (76), « l'aide » (77), « la provocation » (78). Les deux premières nuances ne se traduisent guère par quelque différence pratique. Mais la provocation constitue une *circonstance aggravante*, qui prolonge plus loin l'indignité du coupable et permet de l'étendre à des conséquences indirectes. C'est parce qu'ils avaient « conseillé » l'acte, parce qu'ils y avaient « entraîné » l'autre partie, que les plaideurs n'ont pas obtenu le paiement de

(75) G. RIPERT, *ouvr. cité*, p. 182.

(76) Civile, 15 décembre 1873 précité ; Req. 12 décembre 1876 : S. 77. 1. 299 ; Trib. Seine, 10 février 1882 : *Gaz. Pal.* 81. 82, 1. 366 ; Req. 1^{er} avril 1895 : D. 95. 1. 263 ; Req. 17 juillet 1905 précité ; Trib. com. Macon, 28 février 1913 précité ; Trib. com. Seine, 4 déc. 1920 : D. 22. 2. 55 ; Tulle, 19 juillet 1924 : *Gaz. Pal.* 24. 2. 362 ; Toulouse, 11 janvier 1926 : *Gaz. Pal.* 26. 1. 524. Cette expression semble souvent employée, il est vrai, par réminiscence de l'adage latin sur la « *par causa* ». Elle n'a pas tout son sens psychologique.

(77) Req. 21 décembre 1853 : S. 54. 1. 477 ; Paris, 15 mai 1925. D. H. 1925. 502.

(78) Trib. Poitiers, 23 janv. 1860, précité ; Dijon 29 juillet 1895 précité ; Limoges, 12 décembre 1868 précité ; Poitiers, 17 juillet 1883 : D. 84. 2. 207.

consommations consécutives à une débauche (79), d'honoraires dus à propos de la rédaction d'actes frauduleux (80). En sens inverse, la personne qui a subi l'emprise voit *se restreindre le nombre des actions qui lui sont déniées* : on lui accorde le règlement de comptes (81) ; on lui donne même une action en dommages et intérêts (82).

Plus la faute est grande, plus large se fait le cercle des actions refusées. Par là, se manifeste, une dernière fois, l'influence des préoccupations d'ordre moral dans l'application de la règle *Nemo auditur*.

(79) Trib. Poitiers, 23 janv. 1860 précité.

(80) Dijon, 29 juillet 1895 précité.

(81) Limoges, 12 déc. 1868 précité.

(82) Semur, 16 août 1920, sous Dijon, 3 mars 1922 : *Gaz. Pal.* 26. 2.

Conclusion.

154. *Les motifs qui justifient la survivance de la maxime. —*
155. *L'application de la règle Nemo auditur. Résumé. — 156. Va-*
leur pratique de cette maxime ainsi appliquée.

154. La maxime *Nemo auditur* doit sa survivance à des nécessités pratiques ; sa valeur se vérifie par l'examen de faits concrets, bien plus que par comparaison avec des principes supérieurs, dont elle serait une conséquence. C'est à la lecture des recueils d'arrêts que l'on se convainc le mieux de son utilité : elle est née des fraudes, *des abus qui se commettent dans les actions en nullité.*

Le demandeur ne recourt à la nullité que lorsqu'il y trouve un *avantage*. C'est quelquefois un gain qu'il veut réaliser : du contrat illicite, il a obtenu tous les profits escomptés ; il cherche à rentrer en possession de ce qu'il a versé comme contre-partie. C'est plus souvent une perte qu'il s'efforce d'éviter : il a fait une mauvaise spéculation ; il essaye d'en conjurer les conséquences. Ou bien, et c'est l'hypothèse la plus favorable, il a demandé en vain l'exécution de son contrat ; il s'aperçoit qu'il a agi imprudemment en se fiant à son adversaire ; il veut revenir sur les événements. De toute façon, l'individu fraude. Il n'a pas

l'intention de se mettre en règle avec la loi ; il ne songe qu'à la protection de ses intérêts.

Et il y aurait une certaine ironie à opposer ces résultats qu'il a en vue à ceux qui devraient être la conséquence théorique de la répétition. On prétend que ce procédé efface l'acte illicite, qu'il ne laisse rien subsister de ce qui a été accompli et rétablit la situation antérieure sans modifications ; il assurerait ainsi la prépondérance du Droit sur la volonté coupable.

Pures abstractions ! de supposer que, par la vertu d'un procédé juridique, un fait accompli devient inexistant. En réalité, ce qui est exécuté l'est irrémédiablement ; ce n'est que sur certaines conséquences matérielles que l'on peut revenir. Encore en les réglant, se fonde-t-on sur la situation consécutive à l'acte illicite, loin de l'effacer : c'est parce qu'il y voit un avantage, d'après les circonstances actuelles, que le coupable demande la répétition — il ne se place pas au point de vue de la situation antérieure.

Comment supposer, en présence de ces fraudes, que la restitution assure implacablement pour l'avenir la prépondérance du Droit ? N'est-il pas visible que des circonstances fortuites ont seules empêché l'exécution du projet illicite ? Tout indique que, si une meilleure occasion se présente, la tentative sera reprise. Le Juge, loin d'aider à la réalisation du Droit, prête indirectement son concours à des actes coupables. En s'immisçant dans ces opérations, *il les facilite*.

C'est pour éviter ce scandale qu'on a recouru à l'adage. On n'a pas pu accepter de considérer l'action

en nullité sous une forme abstraite et *séparer le procès du juge qui le tranche et des plaideurs qu'il oppose.*

— Les plaideurs ne sont pas des entités impersonnelles, des individus qui font valoir un droit quelconque. Ils produisent en justice non seulement leurs titres, mais leur moralité, leurs intentions, du moins celles qui se trahissent par les circonstances et se rapportent directement au droit litigieux. — Le juge représente « les intérêts supérieurs de la moralité publique ». En statuant, il donne sa sanction et son aide à la demande d'un plaideur. Si les agissements de ce dernier sont visiblement frauduleux et coupables, il est contraire à sa « dignité » de magistrat qu'il leur apporte son concours. Les projets du demandeur l'obligent à prendre conscience de la portée concrète de son rôle. Le procès sort de l'abstraction. Plus que les instances ordinaires, il représente une phase critique de « la Lutte pour le Droit ».

Aussi bien, les Rédacteurs du Code ont-ils autorisé en cette matière une large indépendance du Juge. Dans la pensée que de trop nombreuses considérations entraient en jeu dans ce problème, ils n'ont pas songé à le régler par un texte, ils ont laissé ce soin aux Tribunaux.

Il s'ensuit que les juges ont pu, à leur guise, se servir de la répétition ou du refus d'action, suivant les circonstances concrètes. Ils ont pu élaborer une jurisprudence éminemment et même uniquement soucieuse des *conséquences pratiques* qu'elle entraîne.

Or la conséquence qui semble la plus souhaitable à obtenir, c'est que l'acte illicite soit découragé, que

son extension soit entravée dans la mesure du possible. La valeur de la jurisprudence se mesure en grande partie à la valeur de la répression qu'elle fournit. La conception de la nullité a évolué en ce sens. Elle est devenue un procédé de combat. Elle ne liquide plus seulement le passé, elle prépare l'avenir : *elle défend la Société.*

A cet égard, la maxime présente d'incontestables avantages. En supprimant tout recours consécutif à l'acte illicite, elle déjoue les calculs des coupables qui auraient compté par une action opportune faire consacrer en justice une situation avantageuse pour eux. Elle les prive même de la possibilité — assurée à tout autre — de se faire rendre leur dû par la force publique. Un règlement équitable serait une protection contre la mauvaise foi de leur co-contractant ; il les assurerait contre tout dommage injuste et rendrait l'accomplissement d'actes illicites beaucoup plus tentant, parce que beaucoup moins hasardeux. En les privant de tout recours intéressé, fût-il justifié, le refus d'action laisse les coupables à la merci l'un de l'autre, il rend leurs transactions précaires. IL PROTÈGE AINSI LA DISPOSITION ENFREINTE CONTRE DE TROP NOMBREUSES VIOLATIONS A VENIR. Il a une réelle valeur exemplaire.

Peut-on cependant y voir une peine, en prenant cette expression, non plus au sens large, comme nous l'avons fait souvent, mais dans son sens technique ? On l'a prétendu plusieurs fois (1), sous le prétexte

(1) J. HÉMARD « *Des effets de complaisance* », p. 180 ; SIOUFI « *Essai sur le critérium des oblig. immorales* », p. 210. Cf. Limoges, 11 juin 1898. S. 1900. 2. 302, qui y voit une « déchéance exorbitante du droit commun ».

que la maxime supprimait un droit véritable du demandeur. Nous croyons qu'il y a dans cette proposition une véritable pétition de principe. Pour que l'argument portât, il faudrait démontrer que la répétition est vraiment un droit pour le plaideur coupable. Or, nous avons vu que le Code ne se prononce nullement en ce sens. La répétition n'est un droit que pour le plaideur innocent. L'action de la partie en faute est trop intimement liée à ses projets, trop contraire à l'intérêt de la répression pour être reconnue comme une conséquence logique de la nullité. En la déniait, on ne lèse aucun droit du plaideur, on n'entreprend pas sur le domaine où s'exerce sa volonté saine. On l'empêche seulement de *continuer à nuire à l'ordre public*.

155. L'application de la règle *Nemo auditur* présente deux caractères très saillants : d'une part, elle constitue le défendeur « *irresponsable* ». Quoiqu'aussi coupable que son adversaire, souvent plus, celui-ci est admis à lui opposer l'exception tirée de l'indignité encourue en commun. Il retire de cette exception un avantage incontestable, celui d'échapper à toutes les obligations qu'il a contractées. Il spéculé vraiment sur sa « turpitude ». Mais il faut bien accepter ce résultat fâcheux : si l'on veut porter une peine contre le demandeur, on est obligé de le faire par l'intermédiaire du défendeur, donc en favorisant indûment ce dernier. L'intérêt public explique cet illogisme et cette partialité.

D'autre part, le demandeur est constitué « *incapable* » dans la mesure où ses actions lui sont « *refu-*

sées ». Il ne peut tirer les conséquences juridiques de son acte, comme le pourrait tout autre individu. Nous avons expliqué pourquoi cette rigueur s'imposait en raison des circonstances.

Toutefois, ce refus d'action est plus ou moins absolu, selon la gravité de l'illicéité. En certains cas, il laisse subsister une obligation naturelle, comme en matière de jeu et d'opérations en coulisse ; en d'autres, il entraîne la perte complète du droit, par exemple en matière de sociétés de contrebande ; en d'autres enfin, il ne correspond qu'à un changement dans une situation de pur fait, comme en matière de ventes de maisons de tolérance.

L'application de la règle *Nemo auditur* comporte quatre catégories d'exceptions, d'importance très différente.

1° Il y a d'abord les exceptions nées de l'intérêt que la répétition présente souvent pour l'ordre public. Il en est ainsi quand la prohibition porte justement sur une des conséquences qu'il serait facile de rétablir par une restitution. Ce ne serait pas alors appliquer la loi que de laisser demeurer le dommage qu'elle a prévu et qu'il est possible de conjurer. — Le plus souvent l'intérêt général n'est pas aussi matérielle-ment engagé : c'est une simple question de principe qui se pose à ne pas laisser subsister « officiellement » et au su de tous des situations formées au mépris des prohibitions légales. — Quelquefois enfin, les circonstances dans lesquelles s'engage le contrat illicite font que la répétition joue toujours au détriment d'un des contractants. En agissant sur lui avec plus d'injustice,

elle prend alors une valeur répressive considérable, que le juge peut mettre à profit.

En face de ces nombreuses exceptions motivées par l'intérêt de l'ordre public, la maxime demeure pour les hypothèses non-contractuelles, pour les cas où l'on renonce à établir une répression effective en raison de l'immoralité des plaideurs, de l'entraînement qui porte à l'acte illicite, du nombre des infractions. On l'applique enfin dans certaines circonstances où la répétition, aboutissant au résultat que les deux plaideurs se sont promis, se trouve perdre sa valeur de sanction.

2° La deuxième catégorie d'exceptions qu'il faut apporter à la maxime vient de *préoccupations morales*. La méconnaissance voulue des obligations du défendeur ne peut pas être absolue. L'intérêt d'une répression à exercer ne contrebalance pas l'intérêt qui est en jeu aux violations flagrantes de la loi ou de la morale. C'est ainsi que, lorsque l'acte du défendeur tombe sous le coup d'une disposition pénale, la maxime est le plus souvent ignorée.

Doit-on même tolérer que cet individu s'approprie des objets qui ne lui ont pas été remis en propriété et viole ainsi un droit très formel du demandeur ? Cette solution est trop injuste. Sauf en des hypothèses d'une gravité particulière, on tend de plus en plus à restreindre l'effet de la maxime aux droits de créance du demandeur. La violation des obligations contractées envers lui paraît alors moins préjudiciable. S'il n'a pu prévoir l'origine du danger, il en a prévu et accepté l'éventualité. Le parti qu'on lui fait est moins dur.

Encore, peut-on hésiter à admettre ces infractions au devoir moral dans les contrats qui reposent intimement sur des liens de bonne foi, comme la convention de prête-nom, de simulation et dans les hypothèses de responsabilité civile, d'enrichissement sans cause où l'admission de la demande ne porte pas un tort essentiel à la répression.

3° En outre, la maxime, ayant surtout une valeur exemplaire, se limite aux violations de la loi *qui sont susceptibles de s'étendre*. Les actes illicites commis dans une pensée avouable et désintéressée ne présentent pas ce danger et échappent à son application. — D'autres circonstances peuvent également restreindre suffisamment l'extension des infractions pour qu'on ne songe pas à employer ce procédé répressif que constitue l'adage. Il en est ainsi quand la demande se produit après un jugement, quand une loi a réglé expressément la situation du coupable, quand le procès est introduit par les créanciers d'un failli ou par la victime d'une infraction à la loi pénale.

4° Enfin, les conséquences rigoureuses que produit la règle *Nemo auditur* expliquent qu'on cherche à la restreindre aux individus vraiment coupables, à ceux qui ne sauraient trouver *aucune excuse* dans les circonstances de leur acte.

Le système de la Jurisprudence est donc très souple. Les Tribunaux ne conçoivent pas la répétition ou la maxime comme des conséquences nécessaires de la nullité — ce qui les aurait conduits à des solutions déplacées en la moitié des cas. — Ils y voient des *procédés* et restent libres de recourir à l'une ou à l'autre

SELON LA VALEUR PRATIQUE DES SOLUTIONS QU'ELLES FOURNISSENT, c'est-à-dire selon les exigences de l'intérêt public et de la morale. Ils ont obtenu ainsi des résultats très satisfaisants et très utiles.

156. Le règlement des conséquences des actes illicites, tel qu'ils l'ont établi, représente bien l'esprit de notre Droit.

Il réduit au minimum l'*intervention directe* de l'Etat. La poursuite des actes illicites est laissée le plus souvent à l'initiative privée, qui est suffisamment stimulée par l'intérêt que lui assure le procès. L'autorité publique n'intervient pas par conséquent pour retirer les profits matériels de l'instance ; ils restent au demandeur. Bien rares sont les cas entraînant la confiscation. On a pu remarquer que celle-ci a joué parfois un rôle plus important, aux époques où les droits de l'Etat étaient plus affirmés (2). A l'heure actuelle, elle choquerait notre sens de la moralité, sans apporter d'avantages pratiques considérables (3).

L'intérêt général n'est pourtant pas négligé dans la construction jurisprudentielle. C'est lui qui fait décider de l'emploi de la répétition ou de l'adage. Une conception plus individualiste, comme celle des juristes de l'Ecole du Droit Naturel, aurait voulu respecter le consentement des parties et ne se serait pas accommodée de la situation boîteuse et imprévue où on laisse les contractants. Une théorie plus atta-

(2) Par exemple, à Rome, à l'époque du Bas-Empire ; au Moyen-Age, dans quelques pays de coutumes.

(3) En ce sens : J. HÉMARD « *Théorie... des nullités de sociétés* », p. 91 (pour les sociétés illicites) ; GUIRAUDET « *Etude sur la maxime...* », p. 130 ; *Contra* WAGNER « *La nullité de la cause illicite* », p. 105. — M. ARBUS « *De la cause illicite* », p. 192, hésite à se prononcer.

chée aux préoccupations morales aurait souhaité le règlement équitable des intérêts litigieux, sur la base d'un quasi-contrat. Soucieux d'assurer le respect de la loi, nos magistrats n'ont pas reculé à consacrer quelques conséquences choquantes, quand elles paraissaient protéger l'ordre public.

Enfin, la Jurisprudence relative à l'art. 1131, par le compte qu'elle tient des réalités, par la diversité des procédés qu'elle emploie selon les circonstances, par le sens des possibilités dont elle témoigne et sa méfiance à l'égard des résultats chimériques, exprime bien les qualités de souplesse et de pondération qui sont la caractéristique de notre esprit dans le domaine du Droit. Avant tout, elle prouve une conception *pratique et équilibrée*.

On a proposé d'y renoncer pourtant et de suivre l'exemple des législations qui statuent expressément sur le règlement des conséquences des actes illicites (4). L'avantage de ce changement serait théorique. Il entre trop de nuances, d'imprécision dans ce problème pour qu'un texte puisse être suffisant et n'entraîne pas à des solutions fâcheuses en bien des cas. L'art. 1967 lui-même a gêné quelque peu la Jurisprudence dans son évolution. Les Tribunaux sont mieux qualifiés que la Loi pour trancher les difficultés qui naissent de l'acte illicite (5).

(4) Dans le sens de la confiscation, voir WAGNER, note précédente ; dans le sens de l'adoption expresse de la maxime, voir : OLIVIER « *De la sanction des obligations...* », p. 100 ; de l'adoption expresse de la répétition : voir le projet de réforme de notre Code Civil « *Bulletin de la Société d'Etudes législatives* », 1907, sous le chap. I, titre IV, livre III, du Code Civil.

(5) C'est l'avis de M. RIPERT « *La règle morale...* », p. 186.

Aussi est-il préférable, croyons-nous, de maintenir le système que nous avons décrit. En dépit de toutes les prédictions, l'adage subsiste. Il faut souhaiter qu'il subsiste encore longtemps, non pas expressément invoqué — on se défie avec raison de sa formule — mais effectivement appliqué. Sous le couvert du texte si imprécis de l'art. 1131, on aura raison de continuer à admettre deux interprétations opposées et de recourir à l'une ou à l'autre, selon les circonstances. Le procédé n'est pas clair et n'est pas rationnel : il mécontente l'« esprit de géométrie », mais il est pratique, il est utile, il satisfait l'« esprit de finesse » : il mérite de rester.

VU :

Le 9 Décembre 1929.

Le Président de la thèse,
P. ROUBIER.

VU :

Le 9 Décembre 1929.

Le Doyen,
L. JOSSERAND.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Lyon, le 10 Décembre 1929.

Le Recteur, Président du Conseil de l'Université,
GHEUSI.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	VII
BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE	1
INTRODUCTION	5
Première partie. — LES SOURCES DE LA MAXIME NEMO AUDITUR	17
Chapitre I. — <i>La Tradition</i>	19
Section I. — <i>La Tradition du Droit Romain</i>	19
§ 1. L'Ancien Droit et la formation du Droit classique	19
§ 2. Le Droit classique.....	26
§ 3. Le Droit du Bas Empire.....	33
Section II. — <i>La Tradition de l'Ancien Droit</i>	37
§ 1. La formation de la maxime Nemo auditor....	37
§ 2. L'adage Nemo auditor, d'après les Bartolistes	46
§ 3. L'adage Nemo auditor chez les Jurisconsultes de la Renaissance.....	54
§ 4. L'adage Nemo auditor chez les Juristes et dans la pratique judiciaire du xvn ^e et du xviii ^e siècle	60
Chapitre II. — <i>La Loi</i>	71
§ 1. Les Travaux préparatoires et les textes du Code civil	71
§ 2. Les lois postérieures.....	77
§ 3. Les conditions générales de l'application de la maxime	81
§ 4. La valeur juridique des formules employées par le Code	83
Chapitre III. — <i>La Jurisprudence</i>	93
Section I. — <i>Evolution de la Jurisprudence de 1804.</i> à 1845	95
§ 1. Maintien de la Tradition.....	95
§ 2. Conciliation de la maxime Nemo auditor et de la loi	98
§ 3. Le critérium d'application de l'adage.....	104
§ 4. Les théories de Chardon et de Delamarre.....	107

Section II. — <i>Evolution de la Jurisprudence de 1845 à 1885</i>	109
§ 1. L'affaire des contre-lettres en matière de cessations d'offices ministériels.....	109
§ 2. L'Ecole de l'Exégèse et la doctrine de l'inexistence	114
§ 3. La renaissance de la maxime.....	118
§ 4. Les critères proposés.....	123
§ 5. Evolution de la notion d'indignité : Larombière et Dramard	127
Section III. — <i>Evolution de la Jurisprudence de 1885 à nos jours</i>	130
§ 1. La jurisprudence relative aux maisons de tolérance	130
§ 2. Le refus d'action dans les négociations opérées par les coulissiers.....	135
§ 3. L'influence des théories de l'enrichissement sans cause sur la maxime.....	139
§ 4. La justification théorique de l'adage.....	145
§ 5. La jurisprudence depuis la guerre de 1914....	149
CONCLUSION	153
Deuxième partie. — LA THÉORIE DE LA MAXIME NEMO AUDITUR..	161
Chapitre IV. — <i>Le rôle de la maxime Nemo auditor</i>	163
§ 1. Le sens et le but de la maxime Nemo auditor	163
§ 2. L'exception d'indignité	170
§ 3. Rapports de la maxime Nemo auditor avec quelques théories voisines.....	172
§ 4. Les sens de la maxime qui sont à rejeter.....	173
§ 5. Les emplois abusifs de la maxime en des hypothèses relevant d'autres théories.....	180
§ 6. Fondement juridique de la maxime Nemo auditor	186
Chapitre V. — <i>Le critérium d'application de la maxime Nemo auditor</i>	191
§ 1. Les cas d'espèce et les solutions de pure équité	192
§ 2. Les critères fondés sur la nature de la loi violée	196
§ 3. Les critères fondés sur la moralité de la demande	202
§ 4. Critérium proposé	205
§ 5. Application de ce critérium.....	213
Chapitre VI. — <i>La maxime Nemo auditor dans ses rapports avec le devoir moral du défendeur</i>	227
§ 1. Les conséquences immorales de la maxime....	227

§ 2. Les violations de la loi pénale commises par le défendeur	231
§ 3. L'appropriation exercée par le défendeur à la suite d'un contrat n'engageant pas la propriété	236
§ 4. Les sociétés illicites.....	239
§ 5. Le domaine de l'irresponsabilité du défendeur	244
Chapitre VII. — <i>L'état d'indignité</i>	255
§ 1. L'état d'indignité	255
§ 2. Les personnes atteintes d'indignité.....	264
§ 3. Les actions refusées.....	272
CONCLUSION	283



IMP. BOSC FRÈRES & RIOU

° 42, QUAI GAILLETON °

° ° ° ° ° LYON ° ° ° ° °



